Zur Frage der Wiederverheiratungsfähigkeit eines in Deutschland geschiedenen Ausländers, dessen Heimatstaat die deutsche Scheidung nicht anerkennt.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Harald Ring

aus Essen

Münster 1972

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547219_0038

Zur Frage der Wiederverheiratungsfähigkeit eines in Deutschland geschiedenen Ausländers, dessen Heimatstaat die deutsche Scheidung nicht anerkennt.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Harald Ring

aus Essen

Münster 1972

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Heldrich
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Kollhosser
Dekan:	Prof. Dr. Kiefner

Tag der mündlichen Prüfung: 1o.2.1972

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	VIII - XVIII
A. Einleitung	1
B. Welche rechtlichen Schwierigkeiten verfahrensrechtlicher Natur bestehen?	7
I. Art. 13 Abs. 3 EGBGB und § 10 EheG	7
II. Wie ist § 10 Abs. 2 EheG zu verstehen?	8
1. Welche Bedeutung hat die Kennzeichnung der befreiungsfähigen Personen?	
a. Auslegung des Wortlautes	9
b. liegt ein "besonderer Fall" auch vor, wenn sich der Heimatstaat auf ein Ehehindernis beruft, das nach unserem IPR unbeachtlich ist?	10
2. Welche Grundsätze gelten darüber hinaus bei der Befreiungsentscheidung?	13
a. Die hierzu vertretenen Meinungen lassen sich in drei Hauptgruppen unterteilen.	
b. Verbreitet wird angenommen, dem OLG-Präsidenten stehe bei der Befreiungsentscheidung ein weitgehendes Ermessen zu.	14
aa. Diese Auffassung fand früher eine Stütze in § 8 Abs. II der 1. DVO zum EheG; die Rechtsprechung stützt sich z.T. noch auf diese Vorschrift.	14
bb. In der Literatur werden ebenfalls Ermessenserwägungen zugelassen.	17
ɑ. Welche Ermessenserwägungen sind "sachgerecht"?	18

Seite

β. Die o.g. Auffassung widerspricht dem Zweck des § 10 Abs. 2 EheG. 20

γ. Verfassungsrechtliche Bedenken 20

δ. Ermessen besteht nur hinsichtlich der Zumutbarkeit, ein Ehefähigkeitszeugnis beizubringen. 22

ε. Somit kann der OLG-Präsident die Befreiung nicht unter Hinweis auf die Entstehung einer hinkenden Ehe verweigern. 22

C. Die entscheidende Frage geht somit dahin, ob der geplanten Ehe ein über Art. 13 EGBGB beachtliches Ehehindernis entgegensteht. 24

I. Auffassung des BGH und des von ihm zitierten RG's 25

1. Begriff der Gesamtverweisung 26

2. Erläuterung der vom BGH zitierten RG-Rechtsprechung 28

II Lösung mit Hilfe der Grundsätze über die Teilfrage? 35

1. Begriff der Teilfrage 36

2. Bedenken gegen die Verwendung des Begriffs 37

3. Selbst bei der Verwendung des Begriffs ist Lösung problematisch 38

III. Lösung mit Hilfe der Grundsätze über die Vorfragenanknüpfung? 40

1. Hinweis auf die Lösungsversuche in Rechtsprechung und Literatur 41

2. Ist dem äußeren oder inneren Entscheidungseinklang der Vorzug einzuräumen? 42

Seite

3. Diskussion der gegen die selbständige Anknüpfung im vorliegenden Fall angeführten Argumente. 43

a. Verhinderung der hinkenden Ehe und ihrer Folgen 44

b. Hinweis auf § 606 b ZPO 48

c. Hinweis auf Art. 17 Abs. 3 EGBGB 49

d. Hinweis auf Art. 13 Abs. 2 EGBGB, § 12 VerschG 52

D. I. Berücksichtigung der spezifischen Urteilsfolgen 56

II. Querverbindungen zur Teil- und Vorfragenlösung 57

III. Fordern nicht die Urteilswirkungen die Zulassung der Wiederheirat? 58

IV. Welche Wirkungen sind dem Scheidungsurteil zuzusprechen? 60

1. Erwachsen Gestaltungsurteile in materieller Rechtskraft? 61

a. Ausgangsvorschrift ist § 322 ZPO 61

b. Streitgegenstand bei Gestaltungsklagen 62

c. Einwände gegen die Anerkennung der materiellen Rechtskraft 63

2. Die Gestaltungswirkung ist von der Rechtskraft zu trennen. 68

3. Rechtliche Einordnung der Gestaltungswirkung 69

V. Da jedoch eine gleiche Bindung an Art. 13 EGBGB anzunehmen ist, besteht eine Kollision zwischen zwei sich widersprechenden Befehlen. 73

Seite

1. Reicht die Gestaltungswirkung nur so weit wie die Geltung der deutschen Rechtsordnung? 73

2. Argument der Unteilbarkeit der Urteilswirkungen 76

3. Diskussion um die Urteilswirkungen ist festgefahren. 78

E. Vorrang des deutschen Verfahrensrechts 80

I Gedankliche Einordnung 80

II. Darlegung des Lösungsweges 81

III. Diskussion der Einwände 82

1. Handelt es sich um die Abgrenzung zweier Bereiche des materiellen Rechts? 82

2. Ist die Lösung nur dann zutreffend, wenn der Heimatstaat die Anerkennung des deutschen Urteils aus Zuständigkeitserwägungen ablehnt? 83

3. Einwände greifen nicht durch 85

F. I. Verlangt nicht unser Verfassungsrecht, die Wiederheirat zuzulassen? 85

II. 1. Der deutsche Richter wendet ausl. Recht an, weil das deutsche IPR einen entsprechenden Verweisungsbefehl erteilt hat. 85

2. Das anzuwendende ausl. Recht ändert seinen fremdrechtlichen Charakter nicht. 86

III. Muß das ausl. Recht den Anforderungen unserer Verfassung genügen? 88

Seite

1. Frage ist insbesondere von Bedeutung, wenn ein Widerspruch zu den Grundrechten auftaucht. 88

2. Auffassung des BGH 88

VI. Ist das materielle ausl. Recht in seiner abstrakt-generellen Ausgestaltung am GG zu messen? 91

1. Zur Funktion der Grundrechte. 91

2. Prüfungskompetenz 92

3. Verwerfungskompetenz 93

V. Es ist auch nicht zulässig, dem ausl. Rechtssatz eine grundrechtseinschränkende Wirkung beizumessen. 96

VI. Wie sonst ist eine Einwirkung unserer Verfassung auf das materielle ausl. Recht denkbar? 98

1. Verfassungskonforme Auslegung? 98

2. Deutsches Verfassungsrecht und materielles ausl. Recht kollidieren nicht unmittelbar miteinander. 99

3. Welche Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Unterscheidung Grundrechte - Menschenrechte beizumessen? 100

VII. Einfluß des GG auf die von unserem IPR gebotene Heranziehung ausl. Rechts? 102

1. Wie kann die absolute Bindung an die Grundrechte verwirklicht werden? 102

2. Verfassungsrechtliche Relevanz des Verweisungsbefehls

Seite

a. Auffassung Sonnenbergers 103

b. Diskussion dieses Lösungsversuchs 104

VIII. Nur das Rechtsanwendungsergebnis kann mit Rücksicht auf unsere Verfassung korrigiert werden. Geschieht das über Art. 30 EGBGB? 106

1. Diskussion der Einwände gegen die Anwendung von Art. 30 108

a. Verfassungsnormen gelten als einfache Gesetze weiter? 108

b. Art. 30 ist aufhebbar 109

c. Staatsvertragliche Verpflichtung, Art. 30 nicht anzuwenden. 109

d. Wird die Möglichkeit eröffnet, die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde zu manipulieren? 111

e. Einschränkung der Grundrechte durch Anwendung von Art. 30? 116

f. Frage des"Kollisionsrechts für die Verfassung" 118

2. Argumente für die Anwendung von Art. 30 120

a. Zweck des Art. 30 120

b. Übereinstimmung mit der Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte 120

c. Art. 30 ermöglicht Berücksichtigung der Grundrechte auch soweit kein Hoheitsakt vorliegt 120

3. Wann verlangt die Wertordnung der Grundrechte, bestimmte Rechtsanwendungsergebnisse in Deutschland nicht zuzulassen?

Seite

a. Nicht jeder Widerspruch zum GG führt zum Eingreifen des ordre-public. 124

b. Berücksichtigung der Wesensgehaltsgarantie? 125

c. Wann liegt ein Verstoß gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes vor? 127

4. Ist die Wiederverheiratung des geschiedenen Ausländers nicht mit Rücksicht auf unsere Grundrechte zuzulassen? 129

a. Welche Grundrechte kommen in Betracht? 129

b. Diskussion von Art. 4 und 6 GG unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 4.5.1971 131

IX. Greift der ordre-public nicht zur Durchsetzung des deutschen Urteils ein? 140

1. Auffassung des BGH 140

2. Nichtanerkennung des deutschen Scheidungsurteils verstößt gegen Art. 30 143

Zusammenfassendes Ergebnis: 146

LITERATURVERZEICHNIS

(Stand 1. März 1972)

Achilles-Greiff	Kommentar zum BGB, 21. Aufl. 1958
Albers	Einzelfragen der Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses, StAZ, 52, 49
Arndt	Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, DöV 59, 81
Bachof	Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundeswidrigen Gesetz, AöR 87, 1
Becker	Zur Geltung der Grundrechte im Internationalen Privatrecht, NJW 71, 1491
Beitzke	Grundgesetz und Internationalprivatrecht, 1961
Bergmann	Internationales Ehe- und Kinderschaftsrecht, Loseblatt-Sammlung, 3. Aufl.. Stand 31.3.71
Bernstein	Ein Kollisionsrecht für die Verfassung, NJW 65, 2273
Beyer	Betrachtungen über die Befreiung von der Beibringung des ausländischen Ehefähigkeitszeugnisses, StAZ 57, 29
Blanke	Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle, FamRZ 63, 93
Blomeyer	Zivilprozeßrecht, 1963
Bötticher	Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte, Festschrift für den Deutschen Juristentag 1960 - S. 511

Buchheim	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 12.2.64, StAZ 64, 307
Dehner	Die Wiederheirat in Deutschland geschiedener Ausländer, NJW 63, 2202
ders.	Die Erklärung der Bereitschaft zur Trauung von Ausländern und ihre Probleme, NJW 63, 2309
Dieckmann	Eheschließung eines katholischen Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen, JuS 66, 99
Dölle	Familienrecht, Bd. I (1964) und II (1965)
ders.	Internationales Privatrecht (1968)
ders.	Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, ZZP 62, 281
Dorenberg	Hinkende Rechtsverhältnisse im internationalen Familienrecht (1968)
Erman	Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 1967, Bd. II
Ferid	Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen, Festschrift Dölle Bd. II (1963) S. 119
ders.	Buchbesprechung zu Beitzke: GG und IPR, FamRZ 63, 58
ders.	Buchbesprechung zu Kegel: IPR, FamRZ 61, 401
Ficker	Verknüpfung von Anknüpfungen?, Festschr. Nipperdey Bd. I (1965), S. 297

Fischer	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 12.2.64, NJW 64, 1323
Frankenstein	Internationales Privatrecht (1934)
Gamillscheg	Die Grundrechte bei der Anwendung ausländischen Rechts, Festschr. Nipperdey Bd. I (1965),S. 323
ders.	Gleichberechtigung der Frau und Reform des internationalen Eherechts, RabelsZ 1969, 654
ders.	Anmerkung zum Beschluß des LG Hannover vom 19.4.61, JZ 63, 22
Gaul	§ 826 und die Rechtskraft des Scheidungsurteils und Schuldausspruches, FamRZ 57, 237
Goldschmidt	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1932
ders.	Hat das ordentliche Gericht bei späteren Rechtsstreitigkeiten ein Nachprüfungsrecht hinsichtlich der Würdigung der Rechtsnatur eines gemäß den Bekanntmachungen vom 16./17. Dezember 1916 (RGBl. 1396, 1398) aufgelösten Vertrages durch das Reichsschiedsgericht für Kriegswirtschaft?, AcP 117, 1
Grunsky	Grundlagen des Verfahrensrechts, 1970
Guggumos	Die Befreiung von der Beibringung des ausländischen Ehefähigkeitszeugnisses, StAZ 52, 2
Hall	Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung, DöV 65, 253
Haman	Die Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, NJW 59, 1465

Heldrich	Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, 1969
ders.	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 17.9.1968, JZ 69, 300
Hellwig	System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1912
Henrich	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 12.2.64, NJW 64, 2015
Hoffmann	Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 61, 193
Hoffmeyer	Das internationalprivatrechtliche Vorfragenproblem, Dissertation Hamburg 1956
Holleaux	Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, FamRZ 63, 637
Jayme	Anmerkung zum Beschluß des OLG München vom 17.12.62, NJW 64, 207
ders.	Die Wiederanwendung der Haager Familienrechtsabkommen von 1902 und 1905, NJW 65, 13
ders.	Die Eheschließung zwischen ledigen italienischen und geschiedenen deutschen Staatsangehörigen in Deutschland, StAZ 66, 150
ders.	Nochmals: Eheschließung geschiedener Italiener in Deutschland und Haager Eheschließungsabkommen, FamRZ 67, 197
Jochem	Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt vom 26.5. 1967, RabelsZ 1968, 727

Kegel	Internationales Privatrecht, 3.Aufl. 1971
ders.	Reform des deutschen internationalen Eherechts, RabelsZ 1960, 201
Kegel/Lüderitz	Hindernis des Bandes für Ausländer trotz Scheidung in Deutschland?, FamRZ 64, 57
Keidel	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Aufl. 1967
Krüger	Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle vom 13.7.54, NJW 55, 549
Kuschmann	Die materielle Rechtskraft der Gestaltungsurteile, Dissertation Frankfurt 1952
Kuttner	Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914
Lent	Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, ZZP 61, 279
Lent-Jauernig	Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. 1970
Lent-Habscheid	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 5. Aufl. 1970
Letzgus	Die Ehescheidung im deutschen IPR, AcP 145, 297
Lewald	Internationales Privatrecht Bd. I, 1930
A. Lüderitz	Erneut: Gleichberechtigung im internationalen Eherecht, FamRZ 70, 169
R. Lüderitz	Ehen mit Gastarbeitern aus Mittelmeerstaaten, FamRZ 66, 285

Makarov	Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht, RabelsZ 1952, 382
ders.	Le remariage du conjoint divorcé en droit international privé, Revue critique de droit international privé 1967, 643
Marquardt	Zur Frage der Zulässigkeit der Wiederheirat eines in der Bundesrepublik geschiedenen Ausländers, StAZ 63, 46
Massfelder	Die Rechtsfolgen der "Ehescheidung nach Frauenrecht", JW 35, 829
ders.	Anmerkung zum Beschl. des KG vom 7.3.38, JW 38, 1259
ders.	Unwirksame Auslandsscheidung und Wiederverheiratung eines Ehegatten, DJ 34, 1084
Melchior	Die Grundlagen des deutschen IPR, 1932
Mergenthaler	Das ausländische Ehehindernis der Religionsverschiedenheit, StAZ 65, 134
Michel	Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt, NJW 60, 841
Müller	Gesetz über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung, RabelsZ 1935, 876
Müller	Zum Begriff der "Anerkennung" von Urteilen in § 328 ZPO, ZZP 79, 1994
Müller-Freienfels	Scheidungsstatut und Gleichberechtigung, JZ 57, 141

Münzel	Zur Änderung rechtskräftiger Entscheidungen in der Wertpapierbereinigung, NJW 52, 723
Neuhaus	Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 1962
ders.	Um die Reform des deutschen internationalen Eherechts, FamRZ 62, 415
ders.	Internationales Familienrecht und Grundrecht, FamRZ 64, 609
ders.	Ehehindernisse der Religionsverschiedenheit und ordre-public, StAZ 65, 279
Neumayer	Ehescheidung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit, RabelsZ 1955, 66
ders.	Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel, Festschrift Dölle Bd. II (1963), 179
Nicklisch	Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte (Schriften z. Dt. u. Europ. Zivil-, Handels- u. Prozeßrecht, Bd. 30, 1965)
Nikisch	Zivilprozeßordnung, 2. Aufl. 1952
Nussbaum	Deutsches Internationales Privatrecht, 1932
ders.	Grundzüge des internationalen Privatrechts, 1952
Palandt	Kommentar zum BGB, 30. Aufl. 1971
Raape	Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961

ders.	Welches ist das Scheidungsstatut einer Ehe, die nach dem Heimatrecht des Ehemannes nichtig, vom Standpunkt des deutschen Rechts aus aber gültig ist?, JW 34, 2951
Rabel	The Conflict of Laws, Bd. I, Second Edition 1958
Reichel	Ausländerscheidung, AcP 124, 206
RGRK	Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10./11. Aufl. 1968, IV Bd. Teil 3 (Ehegesetz, bearbeitet von Wüstenberg)
Riezler	Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, 1949
Rosenberg	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. 1961
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. 1969
Roth	Der Vorbehalt des ordre-public im Internationalen Privatrecht, NJW 1967, 134
Scheffler	Ehe und Familie, in "Die Grundrechte", Bd. IV/1 (1960) S. 245
Schlosser	Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, 1966
Schmitt-Peters	Die Eintragung in deutsche Personenstandsbücher in Fällen mit Auslandsberührung, 1960
Schönke-Schröder-Niese	Zivilprozeßrecht, 8. Aufl. 1956
Schönke-Kuchinke	Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. 1969

Schorn	Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1965
Serick	Sonderanknüpfung von Teilfragen im IPR, RabelsZ 1953, 632
ders.	Parallelwirkungen im internationalen Privatrecht, RabelsZ 1956, 2o7
Siegrist	Gleichberechtigung von Mann und Frau und internationales Privatrecht, RabelsZ 1959, 54
Simitis	Die internationale Kommission für Zivilstandswesen (C.I.E.C.), RabelsZ 1969, 3o
Soergel-Siebert	Kommentar zum EGBGB, 1o. Aufl. 197o, bearbeitet von Kegel
Sonnenberger	Die Bedeutung des Grundgesetzes für das deutsche IPR, Dissertation München 1962
ders.	Sind die familienrechtlichen Artikel des EGBGB mit dem Grundgesetz vereinbar ?, MDR 64, 283
Statistisches Reichsamt	Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich Jahrgänge 1927, 1937
Statistisches Bundesamt	Statistisches Jahrbuch für die BRD, Jahrgänge 1957, 1963, 1965, 1967, 197o
Staudinger	Kommentar zum BGB, 1o./11. Aufl. 1968, 47. Lieferung (EheG), bearbeitet von Dietz
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl. 1968, Lieferung 5, zu § 253 ZPO, bearbeitet von Schumann/ Leipold; Lieferung 7 zu § 6o6 ZPO, bearbeitet von Schlosser

Stern	In: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Kommentierung von Art. 1oo GG, Loseblattsammlung, Stand Juni 1971 (27. Lieferung)
Stöcker	Grundrechtsschutz im Internationalen Privatrecht, JR 1965, 456
ders.	Art. 3o EGBGB im Spannungsfeld zwischen Religion und Vernunft, StAZ 1968, 33
ders.	Vom ordre-public-Vorbehalt zur international-privatrechtlichen Härteklausel, StAZ 7o, 325
v. Stosch	Anmerkung zum Beschl. des LG Köln vom 1o.1.1962, FamRZ 62, 158
Sturm	Zur Gleichberechtigung im deutschen Internationalen Privatrecht, Festschrift zum 5ojährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg (1967), S. 155
ders.	Durchbruch der Grundrechte in Fällen mit Auslandsberührung, FamRZ 72, 16
Süss	Die Anerkennung ausländischer Urteile, Festgabe zum 7o. Geburtstag von Leo Rosenberg, 1949, S. 229
Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Eherechts (1962), herausgegeben von Lauterbach	
Wengler	Die Vorfrage im Kollisionsrecht, RabelsZ 1934, 148
ders.	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 12.2.1964, JZ 64, 621
ders.	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.4.1964, JZ 65, 1oo
H.J. Wolff	Verwaltungsrecht, Bd. I, 7. Aufl. 1968

M. Wolff — Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 1954

Zeuner — Objektive Grenzen der Rechtskraft, 1959

-.-.-.-.-.-.-.-

I. Die Frage nach der Wiederverheiratungsfähigkeit eines in Deutschland geschiedenen Ausländers, dessen Heimatstaat die deutsche Scheidung nicht anerkennt, stellte sich lange Zeit in nur seltenen Fällen.

1. Denn schon die Zahl der sich in Deutschland aufhaltenden Ausländer war verhältnismäßig gering. Angesichts der nach heutigen Verhältnissen geringen internationalen Verflechtung von Wirtschaft, Wissenschaft, Kultur und Technik nimmt das nicht Wunder. Ein Aufenthalt im Ausland, etwa zum Zwecke der Ausbildung oder Berufsausübung, war früher allgemein eine Ausnahmeerscheinung.

Somit fanden zum einen nur wenige Ausländer den Weg zum deutschen Scheidungsrichter. Aber auch die Möglichkeiten der Kontaktnahme und des gegenseitigen Kennenlernens waren erheblich geringer als heute.[1)]

Zum anderen begrenzte die frühere Rechtslage mehr als heute die Möglichkeit der Scheidung von solchen Ausländern in Deutschland, deren Heimatstaat die deutsche Scheidung nicht anerkannte. Nach deutschem Zivilprozeßrecht durfte und darf die Ehe von Ausländern nur dann geschieden werden, wenn die Scheidung im Heimatstaat des Mannes anerkannt wird.[2)] Die Frage nach der Wiederverheiratungsfähigkeit der in Deutschland geschiedenen Ausländer trat daher nur dann auf, wenn die Ehegatten verschiedenen Staaten angehörten oder einer von ihnen staatenlos war.[3)]

Für diejenigen deutschen Frauen, die Ausländer heirateten, war zwar die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gegeben[4)], nach deutschem Recht konnten sie gemäß Artikel 17 Absatz 3 EGBGB jedoch nur dann geschieden werden, wenn sie im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch oder schon wieder deutsche Staats-

1) So stieg nach dem zweiten Weltkrieg die Zahl der Ehen zwischen Ausländern und Deutschen im Zuge der allgemeinen Entwicklung stetig an: 1955 wurden 17.783 Ehen geschlossen, 1961 waren es 20.543, 1963 24.287, 1965 25.010 und 1968 26.618, vgl. die Statistischen Jahrbücher der BRD der Jahre 1957 (S. 56), 1963 (S. 53), 1965 (S. 63), 1967 (S. 53), 1970 (S. 46).

2) § 606 b Ziffer 1 ZPO; früher § 606 Abs. 3 ZPO

3) Vgl. Dehner NJW 63, 2201

4) § 606 Ab. 3 a.F. ZPO

angehörige waren. Diese Voraussetzung war jedoch in aller Regel deshalb nicht erfüllt, weil eine deutsche Frau durch die Eheschließung mit einem Ausländer die deutsche Staatsangehörigkeit verlor.[5] Umgekehrt erwarben Ausländerinnen, die einen Deutschen heirateten, mit der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit, so daß in einem Scheidungsrechtsstreit nur deutsches Recht angewandt wurde.

2. Nun haben sich sowohl die Schwierigkeiten rein tatsächlicher Art, die einer Eheschließung mit Ausländern entgegenstanden, als auch die Gründe, die eine Ausländerscheidung in Deutschland erschwerten, weitgehend geändert.
Durch die Entwicklung, die sich insbesondere in den letzten zwei Jahrzehnten vollzogen hat, ist die trennende Wirkung der nationalen Grenzen zwar nicht völlig fortgefallen, aber doch wesentlich gemindert worden. Durch die in vielen Bereichen immer enger werdende Verflechtung vieler Staaten sowie durch das Informationsbedürfnis von Wirtschaft, Wissenschaft und Kultur, durch den stetig wachsenden Tourismus und schließlich auch durch die berufliche Tätigkeit im Ausland, sind kürzere oder längere Auslandsaufenthalte zu Alltäglichkeiten geworden. Eine ganz erhebliche Rolle spielt zudem für den deutschen Bereich die erhebliche Zahl der sogenannten Gastarbeiter, die in der Regel über Jahre in Deutschland bleiben und häufig hier heiraten.[6]

Zudem hat sich die Rechtslage geändert. Seit dem Außerkrafttreten der §§ 6 aF, 17 Ziffer 6 RuStAG[7] verliert eine deutsche Frau, die einen Ausländer heiratet, nicht automatisch die

5) Vgl. § 17 Ziffer 6 a. F. RuStG

6) Im Jahre 1925 gab es rund 173.000 ausl. Arbeitnehmer im Deutschen Reich, 1936 waren es rund 275.000, 1962 in der BRD etwa 635.000 (davon 259.000 Italiener), 1964 rund 933.000 (davon 290.000 Italiener) und im Jahre 1970 rund 1.839.000 (davon 375.000 Italiener) - vgl. die Statist. Jahrbücher der Jahre 1927 (S. 334), 1937 (S. 338), 1963 (S. 143), 1965 (S. 161) sowie Heft 32 der NJW 1970 S. XVII.

7) Mit Ablauf des 31.3.1953 außer Kraft gesetzt gemäß Art. 3 Abs. 2, 117 Abs. 1 GG

Staatsangehörigkeit[8)], wie umgekehrt Ausländerinnen, die mit einem Deutschen die Ehe schließen, nur dann die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben, wenn die Voraussetzungen für die Einbürgerung vorliegen[9)], d.h. sie ihre bisherige Staatsangehörigkeit verlieren oder aufgeben.

Die Fälle, in denen die Eheleute verschiedenen Rechten unterliegen, sind daher erheblich zahlreicher geworden. Demzufolge werden die Gerichte auch in zunehmendem Maße mit Scheidungen befaßt, in denen nur der eine Ehegatte die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Dringt nun der deutsche Ehegatte mit seiner auf Artikel 17 EGBGB gestützten Klage durch, obwohl der Heimatstaat des ausländischen Ehegatten die deutsche Scheidung nicht anerkennt, so stellt sich die Frage, ob der Ausländer in Deutschland wieder heiraten darf.
Eng verwandt mit dieser Frage ist das Problem, das entsteht, wenn zwar der Ausländer selbst nicht geschieden ist, er aber die Ehe mit einem in Deutschland geschiedenen Partner eingehen will, dessen Scheidung vom Heimatstaat des Ausländers nicht anerkannt wird. Die bei der Erörterung dieser Fragen auftretende Problematik ist in beiden Fällen weitgehend identisch, d.h. die in der Diskussion verwandten Argumente gelten in gleicher Weise für die Fallgestaltung, nach der der heiratswillige Ausländer selbst geschieden ist, wie für den Parallelfall, in dem eine frühere Ehe der Verlobten des Ausländers von einem deutschen Gericht geschieden worden ist. Beide Fälle sollen daher im Rahmen dieser Arbeit - soweit dies sachlich gerechtfertigt ist - gleich behandelt werden.

8) §§ 17, 25 RuStG
9) §§ 8, 9 RuStG

II. Trotz der früher verhältnismäßig geringen praktischen Bedeutung ist dieser Problemkreis seit langem in der Literatur diskutiert worden. Auch die Rechtsprechung hat sich wiederholt mit ihm beschäftigt.[10)]

Wohl auch aufgrund der bereits erwähnten Entwicklung ist gerade in jüngerer Zeit eine Reihe von Entscheidungen ergangen, die in Begründung und Ergebnis zum Teil stark voneinander abweichen.[11)]

1. Eine gewisse Klärung - zumindest für den Bereich der Rechtsprechung - war zunächst dadurch eingetreten, daß der BGH auf einen Vorlagebeschluß des OLG Hamm in der Frage Stellung nehmen mußte.[12)]

Der BGH hat in dieser Entscheidung die Eheschließung eines katholischen Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen nicht zugelassen. Er hat seine Entscheidung auf das spanische Verbot der Doppelehe (Can. 1069 Absatz 1 des Codex Juris Canonici i. V. Artikel 42 Codigo Civil) gestützt. Diese Entscheidung ist im Beschluß vom 14.7.1966[13)], in dem es um die Eheschließung einer Spanierin mit einem geschiedenen Deutschen geht, bestätigt worden.

10) Mit Rücksicht auf die große Zahl von Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung wird an dieser Stelle nur auf einige Stimmen hingewiesen. Ausführliche Zitate folgen bei der Erörterung der einzelnen Fragen.
Aus der Literatur: Letzgus AcP 145, 295; Lewald, IPR, Band I, S. 118; Massfelder JW 38, 1259; Neumayer Rabels Z 20 (1955), 66; Nussbaum, Deutsches Intern. Privatrecht, S. 163; Rabel, Conflict of Laws, Band I, S. 558; Reichel AcP 124, 206; Süss, Die Anerkennung ausl. Urteile, in Festschrift für Rosenberg, S. 229 (249); Wengler, Rabels Z 8 (1934), S. 225; Wolff, IPR, S. 212;
Aus der Rechtsprechung: RGZ JW 1912, 642; RGZ 78, 234; 132, 416; 136, 142 (mit Anmerkung von Raape in JW 32, 2274); 151, 313; 160, 396; RGZ in JW 1938, 1258; OLG Hamburg OLGE 43, 347; AG Hannover IP Rspr. 1929 Nr. 71; KG OLGE 24, 19; KG IP Rspr. 1931 Nr. 77 und 79.

11) Bay. ObLG FamRZ 61, 220; OLG Braunschweig FamRZ 63, 569, OLG Bremen MDR 64, 56; OLG Celle NJW 63, 2232 und FamRZ 63, 91; OLG Hamm FamRZ 63, 566; LG Hannover JZ 63, 21; LG Köln FamRZ 62, 158; OLG München NJW 63, 2233; OLG Stuttgart StAZ 63, 157

12) Beschl. vom 12.2.1964, NJW 64, 976

13) NJW 66, 1811; der Fall lag hier insofern besonders, als die Spanierin bereit war, bei der Eheschließung gemäß § 6 Absatz 2 a. F. RuStG zu Protokoll des Standesbeamten zu erklären, deutsche Staatsangehörige werden zu wollen.

Die Rechtsauffassung des BGH zu dieser Frage stand somit offensichtlich fest.

Eine in jüngster Zeit ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes[14] hat jedoch die mit Rücksicht auf den Beschluß des BGH vom 12.2.1964 scheinbar gesicherte Rechtsprechung teilweise wieder in Frage gestellt.
Zur Entscheidung hatte die Verfassungsbeschwerde eines Spaniers sowie seiner deutschen Verlobten gestanden, deren frühere Ehe mit einem Deutschen rechtskräftig geschieden worden war. Den Beschwerdeführern war durch Entscheidung des OLG-Präsidenten in Hamm Befreiung von der Beibringung eines Ehefähigkeitszeugnisses unter Hinweis auf die spanische Nichtanerkennung der deutschen Ehescheidung verweigert worden. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom OLG Hamm durch Beschluß vom 3.9.1968 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtete sich die Verfassungsbeschwerde der Verlobten.
Das Bundesverfassungsgericht sah in dem angefochtenen Beschluß des OLG Hamm eine Verletzung des in Artikel 6 Absatz 1 GG enthaltenen Grundrechts auf freie Eheschließung und hob ihn unter Zurückweisung auf.[15]
Durch diese Entscheidung, die im einzelnen erörtert werden wird[16], dürfte - zumindest für die Fallgestaltung, die dem Bundesverfassungsgericht vorlag - ein Schlußpunkt unter die Entwicklung der Rechtsprechung gesetzt worden sein.

14) Beschl. vom 4. Mai 1971 StAZ 71, 189; teilweise abgedruckt in NJW 71, 1509

15) Vgl. § 95 Absatz 2 BVerfGG

16) vgl. S. 133 ff.

2. Neben dieser Entwicklung in der Rechtsprechung, die nach der jahrzehntelangen Unsicherheit der sich widersprechenden Entscheidungen eine höchstrichterliche Klärung besonders dringlich erscheinen ließ, verliefen seit mehreren Jahren parallel hierzu Versuche, de lege ferenda zu einer Lösung des Problems zu gelangen.

So hatte der Deutsche Rat für IPR bereits im Jahre 1960 eine gesetzliche Regelung vorgeschlagen, nach der die erneute Eheschließung eines in Deutschland geschiedenen Ausländers oder eines Ausländers mit seiner in Deutschland geschiedenen Verlobten zulässig sein soll, auch wenn das Heimatrecht das deutsche Scheidungsurteil nicht anerkennt:[17)]

> "Hat ein deutsches Gericht durch rechtskräftiges Urteil eine Ehe für nichtig erklärt, aufgehoben oder geschieden oder festgestellt, daß eine Ehe nicht besteht, so steht diese Ehe einer erneuten Eheschließung auch dann nicht entgegen, wenn das Urteil in einem ausländischen Staat nicht anerkannt wird. Entsprechendes gilt, wenn ein deutsches Gericht rechtskräftig einen Ehegatten für tot erklärt oder den Zeitpunkt seines Todes festgestellt hat."

Außerdem hatte der Petitionsausschuß des Deutschen Bundestages am 17. Februar 1965 einen Antrag auf Änderung des Artikel 13 Absatz 1 EGBGB eingebracht[18)], der mit dem Vorschlag des Deutschen Rates für IPR übereinstimmt.

Man hat die Beratung dieser Frage vorerst zurückgestellt, da man zunächst eine sich abzeichnende Neuregelung auf internationaler Ebene abwarten wollte.

17) Abgedruckt in RabelsZ 25 (1960), 339

18) Drucksache IV/3088; der Antrag wurde in der V. Legislaturperiode aufrechterhalten: V/359.

Sowohl von der Haager Konferenz für IPR als auch von der Internationalen Kommission für Zivilstandswesen sind Abkommen ausgearbeitet worden, welche die gegenseitige Anerkennung von Ehescheidungen und die Zulassung einer Wiederheirat sichern sollen.[19]

Angesichts dieser Situation erscheint es jedenfalls angebracht, die in der Diskussion verwandten Argumente zu durchdenken, wobei besonders der neueren Entwicklung Beachtung geschenkt werden soll.

I. Die Schwierigkeiten für den Ausländer[20], der in Deutschland heiraten will, beginnen, wenn seine Verlobte Deutsche ist. Denn Artikel 13 Absatz 3 EGBGB schreibt vor, daß die Ehe vor einem deutschen Standesbeamten geschlossen werden muß.[21] Daraus folgt, daß der Ausländer dann, wenn sein Heimatstaat die deutsche Eheschließungsform nicht anerkennt, eine Eheschließung in der den Anforderungen seines Heimatstaates entsprechenden Form nachholen muß, wenn er will, daß auch sein Heimatstaat die Eheschliessung anerkennt.

Außerdem schreibt § 10 Absatz 1 EheG vor, daß Ausländer eine Ehe nicht eingehen sollen, bevor sie ein Zeugnis der inneren Behörden ihres Heimatlandes darüber beigebracht haben, daß der Eheschließung ein in den Gesetzen des Heimatlandes begründetes Ehehindernis nicht entgegensteht. § 10 Absatz 2 EheG sieht jedoch die Möglichkeit vor, den Ausländer von der Verpflichtung zur Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses zu befreien. Dieser Weg enthält für solche Ausländer, deren Heimatstaat Ehefähig-

19) Vgl. Simitis RabelsZ 33 (1969), 30 (57 f); Soergel-Kegel Art. 17 Anm. 129

20) Gemäß § 15 der 1. DVO zum EheG sind alle Personen Ausländer i.S.d. § 10 EheG, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen.

21) Für Ehen zwischen Ausländern sieht § 15 a EheG vor, daß die Eheschließung vor einer von der Regierung des Landes, dessen Staatsangehörigkeit einer der Verlobten besitzt, ordnungsgemäß ermächtigten Person in den von den Gesetzen dieses Landes vorgeschriebenen Form geschlossen werden kann.

keitszeugnisse entweder überhaupt nicht ausstellt oder die Ausstellung unter Hinweis auf die Nichtanerkennung der in Deutschland erfolgten Scheidung des Ausländers oder seiner Verlobten verweigert, die einzige Möglichkeit, das Hindernis zu überwinden, das sich seiner Eheschließung schon aus Gründen entgegenstellt, die verfahrensrechtlicher Natur sind.[22)]

Gemäß § 10 Absatz 2 Satz 1 EheG entscheidet über die Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses der Oberlandesgerichtspräsident, in dessen Bezirk die Ehe geschlossen werden soll. Nach Absatz 2 Satz 2 soll die Befreiung nur Staatenlosen und Angehörigen solcher Staaten erteilt werden, deren innere Behörden keine Ehefähigkeitszeugnisse ausstellen. Sie "darf" jedoch nach Satz 3 in "besonderen Fällen" auch Angehörigen anderer Staaten erteilt werden.

II. Wie ist die Vorschrift des § 10 Absatz 2 EheG nun zu verstehen? Der Wortlaut gibt zunächst nur einen Anhaltspunkt, indem er eine - wenn auch ungenaue - Bestimmung der Personen enthält, denen Befreiung erteilt werden soll (Absatz 2 Satz 2) bzw. in besonderen Fällen erteilt werden darf (Absatz 2 Satz 3). Streng genommen enthalten Satz 2 und 3 darüber hinaus jedoch keine Aussage über die Frage, welche Grundsätze im übrigen zu beachten sind, insbesondere ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Dispenserteilung besteht.[23)]

Bei der Auslegung des § 10 Absatz 2 EheG wird man sich daher vorerst fragen müssen, wie die Kennzeichnung der befreiungsfähigen Personen aufzufassen ist, weiterhin, welche Grundsätze im übrigen gelten.

22) Vgl. Dölle, Familienrecht, Bd I, § 13 I 1, D, meint zu Recht, daß die Vorschrift des § 10 EheG in den Regelungsbereich des Personenstandgesetzes gehört.

23) Dieckmann JuS 66, 100

1. Da die Frage, wer Staatenloser ist bzw. welche Staaten Ehefähigkeitszeugnisse ausstellen, zwar bisweilen nur mit erheblicher Mühe, aber letztlich doch eindeutig und klar beantwortet werden kann, spitzt sich das Problem auf die Auslegung des § 10 Abs. 2 Satz 3 EheG zu, wobei der entscheidende Akzent auf der Deutung des Rechtsbegriffs "in besonderen Fällen" liegt. Denn wenn das Vorliegen eines "besonderen Falles" angenommen wird, so erweitert sich (möglicherweise) der Kreis der befreiungsfähigen Personen in zunächst unbegrenztem Umfang; dann nämlich kann auch Angehörigen anderer Staaten Befreiung erteilt werden. Die wesentliche Frage geht somit zunächst dahin, was unter dem Begriff "besonderer Fall" zu verstehen ist.

a. Einen gewissen systematischen Anhaltspunkt bei der Beantwortung dieser Frage gibt die Reihenfolge der einzelnen Sätze des § 10 Absatz 2 EheG. Wenn Satz 2 die Grundregel enthält, wonach Befreiung nur Staatenlosen und Angehörigen solcher Staaten erteilt werden soll, deren innere Behörden keine Ehefähigkeitszeugnisse ausstellen, so ist dieser Regelung bei aller Vorsicht die ratio zu entnehmen, daß Ausländer, denen von ihrem Heimatstaat die Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen aus Gründen verweigert wird, die sie nicht zu vertreten haben und die ihnen daher nicht zuzurechnen sind, trotzdem den erforderlichen Dispens erlangen können. Nicht allein an dem Unvermögen, das gemäß § 10 Absatz 1 EheG vorgeschriebene Ehefähigkeitszeugnis vorzulegen, soll eine geplante Eheschließung scheitern. - Geht man von diesem Grundsatz aus, so wird man zu den "besonderen Fällen" i.S d. § 10 Absatz 2 Satz 3 EheG alle die Situationen zählen müssen, die den in Absatz 2 Satz 2 geregelten Fällen nahestehen, in denen also schon aus äußeren Gründen die Erlangung eines Ehefähigkeitszeugnisses nicht oder nur unter unzumutbaren Erschwernissen

möglich erscheint. In der Tat sind in der Literatur auch vergleichbare Fallgruppen entwickelt worden.[24)]

Zu den besonderen Ausnahmesituationen werden z. B. gezählt die Fälle, in denen

- der Ausländer lange Zeit von der Heimat fern war,
- der Ausländer im Heimatstaat weder Geburtsort noch Wohnsitz hat und deshalb keine Heimatbehörde für ihn örtlich zuständig ist,
- der Heimatstaat zerfallen und eine Neuordnung der staatsrechtlichen Verhältnisse noch nicht erfolgt ist,
- der Ausländer längere Zeit ohne Nachricht auf seine Bitte um Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses geblieben ist,
- die Beschaffung des Zeugnisses von der konsularischen Vertretung des Heimatstaates ausdrücklich verweigert wird,
- eine Beschaffung des Zeugnisses mit besonders schweren Nachteilen für den Antragsteller oder dessen Angehörige verbunden ist,
- dem Ausländer das Ehefähigkeitszeugnis von seinem Heimatstaat aus politischen Gründen verweigert wird.

b. Es ergibt sich jedoch weiterhin die Frage, ob als besonderer Ausnahmefall i.S.d. § 10 Absatz 2 Satz 3 EheG auch gilt, wenn dem Ausländer von seinem Heimatstaat die Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses unter Hinweis auf ein Ehehindernis verweigert wird, das möglicherweise für uns über Artikel 13 oder 30 EGBGB unbeachtlich ist.

24) Beyer StAZ 57, 31; Neumayer Rabels Z 20, 72, Guggumos StAZ 54, 3 mwN

Diese Fragestellung enthält eine Verknüpfung zweier Rechtsbereiche, nämlich des verfahrensrechtlichen Bereiches des § 10 EheG sowie des international-privatrechtlichen Bereiches der Artikel 13 bzw. 30 EGBGB. Ist nicht bereits diese Verknüpfung fragwürdig oder zumindest die Entscheidung über die Zulässigkeit einer erneuten Eheschließung im wesentlichen nur im Bereich des § 10 EheG zu suchen?

Eine gewisse Verknüpfung der Bereiche des § 10 EheG auf der einen und des deutschen IPR auf der anderen Seite ist sicherlich nicht zu leugnen. Denn zum einen kommt man nicht daran vorbei, daß das gesamte Verfahren der Befreiung von der Vorlage eines Ehefähigkeitszeugnisses nun einmal in § 10 Absatz 2 EheG und nicht etwa in einer besonderen Norm des IPR geregelt ist. Andererseits ist nicht zu leugnen, daß bereits § 10 Absatz 2 Satz 2 EheG notwendigerweise die Anwendung der Regeln des deutschen IPR voraussetzt. Denn wenn Absatz 2 Satz 2 sagt, daß nur Staatenlosen und Angehörigen solcher Staaten Befreiung erteilt werden soll, deren innere Behörden keine Ehefähigkeitszeugnisse ausstellen, so kann kein Zweifel bestehen, daß es in diesen Fällen nunmehr allein darauf ankommt, ob aufgrund eigener Nachforschungen des OLG-Präsidenten Ehehindernisse aufgedeckt werden, wobei sich die Frage, in welchem Umfange Ehehindernisse für uns beachtlich sind, nur nach Artikel 13 Absatz 1 bzw. Artikel 30 EGBGB beantworten läßt. Wenn sich aber § 10 Absatz 2 Satz 2 EheG nur sinnvoll unter Einschaltung des deutschen IPR handhaben läßt, so bestehen keine Bedenken, Artikel 13 und 30 EGBGB auch bei der Entscheidung nach § 10 Absatz 2 Satz 3 EheG zu berücksichtigen. - Daß die Berücksichtigung dieser Vorschriften sogar unumgänglich erforderlich

ist, weil nämlich gerade hier der Schwerpunkt der Befreiungsentscheidung liegt, ergibt sich darüber hinaus eindeutig aus dem Zweck des § 10 EheG. Denn diese Vorschrift dient nur der Aufdeckung ausländischer Ehehindernisse. Sie ist als bloße Ordnungsvorschrift zu verstehen, die auf die Haager Eheschließungskonvention aus dem Jahre 1902 zurückgeht und die die staatsvertraglich vereinbarte Anwendung des Heimatrechts gewährleisten sollte.[25)]

Dem Standesbeamten sollten langwierige Nachforschungen über möglicherweise bestehende Ehehindernisse erspart werden, was ihm allerdings nicht das Recht nehmen sollte, eigene Nachforschungen anzustellen.[26)]

Es ist Neumayer[27)] daher zuzustimmen, wenn er ausführt, daß sich die in § 10 Absatz 2 EheG vorgesehene Befreiung nur auf die Verpflichtung zur Vorlage eines Ehefähigkeitszeugnisses und gegebenenfalls überhaupt auf den Nachweis des Heimatrechts erstrecken könne, keinesfalls jedoch auf die Anwendung der heimatlichen Gesetze. Letzteres gebietet nun gerade Artikel 13 EGBGB. § 10 Absatz 2 EheG steht daher in einem engen Abhängigkeitsverhältnis zu Artikel 13 EGBGB. Die eigentliche Entscheidung, ob Befreiung erteilt wird, fällt nicht, wie es nach dem Wortlaut des § 10 Absatz 2 EheG zunächst scheint, bei der Frage, wer zu den befreiungsfähigen Personen gehört, sondern es kommt letztlich darauf an, ob der geplanten Eheschließung Hindernisse entgegenstehen, die nach deutschem IPR beachtlich sind.

25) Neumayer aaO - vgl. Fußn. 24 - S. 71

26) Hierzu ist er bei auftauchenden Zweifeln sogar verpflichtet - vgl. BGH aaO in Fußnote 12 - unter Hinweis auf § 407 Abs. 1 der Dienstanweisung für die Standesbeamten und ihre Aufsichtsbehörden.

27) Vgl. Neumayer aaO - vgl. Fußn. 24

Aus dem Vorstehenden ergibt sich nun, daß es unzulässig wäre, durch Verweigerung des Dispenses nach § 10 Absatz 2 Satz 2 EheG eine Eheschließung allein mit der Begründung zu verhindern, der Heimatstaat des Ausländers stelle grundsätzlich Ehefähigkeitszeugnisse aus, er habe im konkreten Fall jedoch die Ausstellung verweigert. Vielmehr ist entscheidend, ob die Weigerung der Erteilung des Ehefähigkeitszeugnisses unter Hinweis auf ein Ehehindernis erfolgt ist, das für uns nach den Regeln unseres IPR beachtlich ist oder nicht.

2. a. Bisher ist nun allerdings nur erörtert worden, wie die Kennzeichnung der befreiungsfähigen Personen zu verstehen ist. Es bleibt jedoch die Frage, ob im Befreiungsverfahren nach § 10 Absatz 2 EheG letztlich nur auf das deutsche IPR zu sehen ist, oder ob der OLG-Präsident zusätzliche Erwägungen anstellen darf, soll oder muß.
In Literatur und Rechtsprechung werden zu dieser Frage sehr unterschiedliche Auffassungen vertreten, die von Dieckmann[28)] zutreffend in drei Hauptgruppen zusammengefaßt worden sind, die sinngemäß wie folgt lauten:

- § 10 EheG ist nur unter dem Gesichtspunkt des Artikel 13 EGBGB zu sehen, d.h. Befreiung von der Verpflichtung zur Beibringung eines Ehefähigkeitszeugnisses kann nur dann erteilt werden, wenn der beabsichtigten Eheschließung kein über Artikel 13 beachtliches Ehehindernis entgegensteht (oder ein solche Ehehindernis gemäß Artikel 13 Absatz 1 EGBGB zwar entgegensteht, aber vom deutschen ordre public ausgeschaltet wird). Ist diese Voraussetzung erfüllt, so muß Befreiung erteilt werden, d.h. der Antragsteller hat einen Anspruch auf Befreiung (wenn sein Heimatstaat Ehefähigkeitszeugnisse nicht oder nur

28) aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 99

unter unzumutbaren Erschwernissen erteilt. Für eine Ermessensentscheidung ist nur hinsichtlich dieser "Unzumutbarkeit" Raum).

- Die Entscheidung über das Befreiungsgesuch ist zwar nicht als Gnadenakt zu verstehen, wohl aber als Ermessensentscheidung anzusehen, bei der auf alle Umstände des Einzelfalles abzustellen ist. Der OLG-Präsident kann (oder muß) deshalb die Befreiung versagen,

  um hinkende Ehen zu verhindern, selbst mit Rücksicht auf fremdrechtliche Ehehindernisse, die gemäß Artikel 30 EGBGB unbeachtlich wären,

  es sei denn, daß zum Schutz des deutschen Verlobten bestimmte Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden.

- In besonderen Fällen kann der OLG-Präsident auch Befreiung erteilen, obwohl das Heimatrecht des Ausländers ein über Artikel 13 EGBGB beachtliches Hindernis enthält.

Die letztgenannte von Guggumos[29] vertretene Ansicht wird allerdings durchweg abgelehnt[30] und hat daher - zu Recht - praktisch keine Bedeutung mehr, da sie die Bedeutung des § 10 Absatz 2 EheG in unzulässiger Weise erweitert und im Ergebnis dazu führt, daß die Kollisionsregel des Artikel 13 Absatz 1 EGBGB überspielt wird.

b. Anders verhält es sich hingegen mit der zuvor erwähnten Ansicht, nach der dem OLG-Präsidenten ein weites Ermessen bei der Befreiungsentscheidung eingeräumt wird.

aa. Diese Ansicht fand früher eine gesetzliche Stütze in § 8 Absatz 2 der 1. DVO zum EheG, wonach der OLG-Präsident im Befreiungsverfahren "die gesamten Verhältnisse des Verlobten" zu berücksichtigen hatte. Daraus hatten die Gerichte nach 1945 den Schluß gezogen, daß die Entscheidung über das Befreiungsgesuch ein in das

29) aaO - vgl. Fußn. 24 - S. 2

30) Dölle, aaO - vgl. Fußn. 22 - § 13 II 2 mwN; Staudinger-Dietz, § 10 EheG, Rz. 135 mwN

Ermessen des OLG-Präsidenten gestellter Verwaltungsakt sei, der nur auf das Vorliegen von Ermessensfehlern nachgeprüft werden konnte[31]. Ermessensfehlgebrauch wurde daher dann angenommen, wenn die Verweigerung der Befreiung auf sachfremde Erwägungen gestützt wurde (Ermessensmißbrauch), z.B. Versagung wegen unnatürlichen Altersunterschieds der Verlobten, schlechten Leumunds des Antragstellers, Gefährdung des Unterhaltsanspruchs früherer Ehegatten usw.

Der Gesetzgeber hat jedoch die Konsequenz aus dieser Entwicklung gezogen und die Bestimmung des § 8 Absatz 2 Satz 1 der 1. DVO zum EheG ersatzlos gestrichen, d.h. er hat bei der Neufassung des § 10 Absatz 2 EheG durch das zweite Familienrechtsänderungsgesetz zwar im übrigen die in §§ 7 und 8 Absatz 1 der 1. DVO enthaltenen Regelungen in § 10 Absatz 2 EheG eingefügt, den § 8 Absatz 2 Satz 1 jedoch ausgelassen.

Trotzdem wird die Ansicht, dem OLG Prsäidenten stehe ein (mehr oder weniger großes) Ermessen zu, auch nach der gesetzlichen Neuregelung noch weitgehend vertreten.
So meint das OLG Celle[32], aus der Tatsache, daß der alte § 8 Absatz 2 der 1. DVO zum EheG nicht in das EheG aufgenommen worden sei, folge keineswegs, daß dieser Satz heute keine Gültigkeit mehr habe. Zur Begründung stützt sich das OLG darauf, daß auch § 6 der 1. DVO zum EheG nicht in das EheG aufgenommen worden sei und trotzdem die in dieser Vorschrift niedergelegten Grundsätze weiter angewandt würden. § 6 Absatz 1 der 1. DVO zum EheG sah vor, daß die Entscheidung, ob ein "schwerwiegender

31) Vgl. Dehner NJW 63, 2309

32) NJW 62, 1161

Grund zur Versagung der Befreiung vom Eheverbot wegen Ehebruchs vorliegt, unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles, insbesondere der persönlichen Eigenschaften der Beteiligten und ihres Verhaltens" zu erfolgen hatte. Obwohl also auch diese Vorschrift gestrichen worden sei, würden trotzdem nach wie vor alle Umstände des Falles bei der Befreiungsentscheidung berücksichtigt.

Dieser Hinweis geht jedoch fehl, weil die in § 6 Absatz 2 EheG enthaltene Regelung der Dispensmöglichkeit vom Eheverbot des Ehebruchs ersichtlich eine andere Situation behandelt. § 6 Absatz 1 EheG beinhaltet ein selbständiges, materielles Ehehindernis, dessen Überwindung die Dispensmöglichkeit in Absatz 2 dienen soll. Bei der Entscheidung nach § 6 Absatz 2 EheG ist es nicht nur angebracht, sondern erforderlich, alle Umstände zu berücksichtigen, die im Rahmen einer sachgemäßen Prüfung der Frage von Bedeutung sind, ob "wichtige Gründe" dafür gegeben sind, daß die Ehebrecher trotz des generellen Ehehindernisses heiraten dürfen.[33] Nur wenn alle Verhältnisse und Umstände, insbesondere auch die, die zum Ehebruch geführt haben, abgewogen werden, kann eine zutreffende Entscheidung ergehen.

§ 10 Absatz 1 EheG hingegen enthält eine bloße Verfahrensvorschrift, die - wie erwähnt - dazu dienen soll, dem Standesbeamten zeitraubende Nachforschungen über Inhalt und Umfang fremdrechtlicher Eheverbote zu ersparen und ihm eine Entscheidungshilfe geben soll, ob er die geplante Trauung vornehmen darf oder nicht. Bedenkt man diesen Unterschied, so wird deutlich, daß man aus dem im Rahmen des § 6 Absatz 2 EheG geübten Verfahren keine Rückschlüsse auf die Grundsätze ziehen darf und kann, die bei der Befreiungsentscheidung nach § 10 Absatz 2

33) Staudinger-Dietz, § 6 EheG Rz 52 ff. mwN

EheG gelten. Auf die im Rahmen des § 6 Absatz 2 EheG geltenden Grundsätze kann sich daher die Gegenmeinung nicht stützen.

bb. Auch in der Literatur wird es jedoch weitgehend für zulässig erachtet, daß der OLG-Präsident im Befreiungsverfahren Ermessenserwägungen anstellt. Als Vertreter dieser Meinung sind vor allem Albers[34] und Beyer[35] zu nennen. Eine Reihe von Autoren sind ihnen gefolgt.[36] Insbesondere Beyer meint, es bestünden keine Bedenken dagegen, "über die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen der Ehefähigkeit hinaus zusätzliche Unterlagen und Erklärungen zu verlangen, wenn das im Interesse der Beteiligten liegt und dem mit der standesamtlichen Trauung beabsichtigten Zweck dient, eine gültige und rechtlich gesicherte eheliche Verbindung einzugehen".
Beyer hält es daher z. B. für zulässig, in solchen Fällen, in denen der Heimatstaat die Gültigkeit der Ehe davon abhängig macht, daß sie auch nach einem bestimmten religiösen Ritus geschlossen wird, die Beibringung einer Traubereitschaftserklärung zu verlangen.[37] Zudem will er bei Ausländern, in deren Heimatstaat der Koran gilt, eine notarielle Erklärung des Inhalts verlangen, daß der Ausländer neben seiner deutschen Verlobten keine weitere Frau nehme, daß er seiner Ehefrau gegenüber das Recht des Korans nicht anwenden und daß er sie insbesondere nicht in der einfachen Form des Korans, ohne Zuhilfenahme staatlicher Institutionen, verstoßen werde. Andererseits steht Beyer auf dem Standpunkt, daß die Versagung der Befreiung aus sachfremden Erwägungen unzulässig sei; denn sie laufe auf eine gesetzwidrige Vermehrung der Ehehindernisse hinaus.

34) StAZ 51, 225; 54, 147

35) StAZ 57, 29 ff.

36) Wüstenberg RGRK, § 10 EheG Anm. 40 ff.; Palandt-Lauterbach § 10 EheG Anm. 3; Dehner NJW 63, 209; weitere Nachweise bei Staudinger-Dietz aaO - vgl. Fußn. 30 - Rz 155 ff.

37) Vgl. auch S. 23

Es fragt sich aber, ob nicht schon die Einräumung eines weitgehenden Ermessens an den OLG-Präsidenten, wie es u.a. Beyer für zulässig hält, eine gesetzeswidrige "Vermehrung" von Ehehindernissen" bedeutet.[38]

d. Bedenken ergeben sich einmal deshalb, weil die Frage, welche Ermessenserwägung sachgemäß und welche sachfremd ist, gerade im Rahmen des § 10 Absatz 2 EheG sehr schwierig zu beantworten sein dürfte. Selbst die Erwägung, ob die beabsichtigte Ehe Bestand haben wird oder nicht, ist für sich betrachtet nicht unbedingt sachfremd, wenn auch der OLG-Präsident sich hiermit eine Entscheidung anmaßt, die zutiefst in den persönlichen Bereich eingreift, der ausschließlich der Willensentschließung der Eheleute unterliegt.
Das gleiche gilt grundsätzlich für die Maßnahmen zur Sicherung des deutschen Verlobten. Hier fragt sich, in welchem Umfange Sicherungsmaßnahmen getroffen werden müssen und zudem, inwieweit die Sicherungsfunktion dieser Maßnahmen feststehen, d.h. nachgewiesen sein muß. Man wird eine Sicherung des deutschen Teils und damit mittelbar auch des Bestandes der Ehe allgemein von der drohenden Gefahr, daß der Ausländer, entgegen seiner vorherigen Versicherung, eines Tages doch in seine Heimat zurückkehrt und sich dort von seiner Ehe zu lösen versucht, im wesentlichen nur durch vertragliche Abmachungen - z. B. durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe -[39] erreichen können. Die Wahl des geeigneten Mittels ist in erster Linie abhängig von der Durchsetzbarkeit der vom Ausländer übernommenen vertraglichen Verpflichtungen in seinem Heimatstaat. Gewährt man

38) Vgl. Dölle aaO - vgl. Fußn. 22 - § 13 II 2

39) Beyer aaO - vgl. Fußn. 35 - S. 32

dem OLG-Präsidenten das Recht, im Befreiungsverfahren zur Sicherung des deutschen Teils oder auch des Bestandes der Ehe schlechthin bestimmte Auflagen zu erteilen, von deren Erfüllung die Befreiung von der Verpflichtung zur Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses abhängig gemacht wird, so legt man ihm damit zwangsläufig eine umfangreiche Prüfungstätigkeit hinsichtlich der Frage auf, welche Sicherungsmittel auch nach dem Heimatrecht des Ausländers die Gewähr eines echten Schutzes bieten. Dieser Mühe wird sich der OLG-Präsident jedenfalls dann unterziehen müssen, wenn seine Entscheidung wirklich sachgerecht sein soll. In der Praxis wird sich eine derartige Prüfungstätigkeit in vielen Fällen nicht durchführen lassen, weil der Zeit- und Personalaufwand viel zu groß wäre. Soll nun in solchen Fällen aus Sicherheitsgründen immer eine Befreiung versagt werden, nur weil nicht ohne erheblichen Aufwand und ohne große Schwierigkeiten feststellbar ist, welche in Deutschland vorgenommenen Sicherungsmaßnahmen auch am Heimatstaat des Ausländers praktischen Wert haben? Oder soll dann immer Befreiung erteilt werden? Dann allerdings stellte sich die weitere Frage, ob damit nicht diejenigen Ausländer benachteiligt würden, in deren Heimatstaat die hier vorgenommenen Sicherungsmaßnahmen von praktischer Bedeutung sind, weil ihr Heimatstaat z. B. notarielle Eheverträge anerkennt; denn ihnen könnte dann der Nachweis von Sicherungsmaßnahmen "zugemutet" werden. Diese Handhabung verwirklicht dann den Satz: je undurchsichtiger das Heimatrecht des Ausländers, desto eher ist Befreiung zu erteilen.
Je mehr man sich bemüht, feste Regeln zu finden, desto widersprüchlicher würden die Ergebnisse.
Bedenkt man dies, so verstärken sich die Zweifel, ob die These, der OLG-Präsident könne nach seinem Ermessen bestimmte Sicherungsauflagen erteilen, noch eine Grundlage in § 10 EheG findet.

β. Zudem widerspricht eine solche Auslegung Sinn und Zweck dieser Vorschrift, die nur dazu dient, dem Standesbeamten die Entscheidung zu erleichtern, ob ein Ausländer auch nach seinem Heimatrecht heiraten darf.[40]
Die Befreiungsentscheidung tritt also nur an die Stelle des Ehefähigkeitszeugnisses. Mehr wird man § 10 Absatz 2 EheG nicht entnehmen können. Daraus folgt, daß der Ausländer bei Vorlage des Ehefähigkeitszeugnisses und unter der Voraussetzung, daß dem Standesbeamten bei seiner eigenen Prüfung kein beachtliches Ehehindernis bekanntgeworden ist, getraut werden muß. Vermag der Ausländer nun kein Ehefähigkeitszeugnis beizubringen, so trifft den für das Befreiungsverfahren zuständigen OLG-Präsidenten zwar eine erhöhte Prüfungspflicht, da ihm die in der Vorlegung eines Ehefähigkeitszeugnisses liegende Erleichterung der Prüfungstätigkeit nicht zugute kommt. Dies bedeutet aber nur, daß er nach den Ehehindernissen zu forschen hat, die gemäß Artikel 13 Absatz 1 EGBGB zu beachten sind, nicht aber, daß er nunmehr im Befreiungsverfahren Ermessenserwägungen anstellen soll, die sich auf die geplante Ehe selbst oder auf evtl. Sicherungen beziehen, etwa nach dem Motto: Wenn schon geprüft wird, dann auch in jeder Hinsicht.[41 + 42]

γ. Vor allem aber sprechen schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Zulassung eines Ermessensspielraums.[43]

40) Dölle aaO - vgl. Fußn. 22 - § 13 I 1; Staudinger-Dietz § 10 Rz. 133

41) Vgl. hierzu KG NJW 61, 22, 12; Gamillscheg JZ 63, 25; Dölle aaO - vgl. Fußn. 22 - § 13 II 2; Staudinger-Dietz § 6 EheG RZ 155 ff. mwN, dort auch die Nachweise der Gegenmeinung, die sich z.T. noch auf die überholte Auffassung stützt, die Befreiungsentscheidung sei ein Gnadenakt so z. B. Massfelder JW 38, 1259; Guggumus StAZ 54, 5

42) Man kann schließlich auch nicht - wie Dehner (NJW 63, 2309) - allein aus dem Wort "Befreiung" den Schluß ziehen, dem OLG-Präsidenten steht ein Ermessensspielraum zu. Mit der Anwendung dieses Begriffes ist nur zum Ausdruck gebracht, daß ein Ausländer nicht schon deshalb an der Eheschließung in Deutschland gehindert ist, weil er kein Ehefähigkeitszeugnis beizubringen vermag.

43) Vgl. Staudinger-Dietz § 10 Rz, 156

Artikel 6 Absatz 1 GG, der Ehe und Familie dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung unterstellt, enthält im Gegensatz zu Artikel 119 der Weimarer Verfassung keinen bloßen Programmsatz, sondern eine wertentscheidende Grundsatznorm, die Maßstab und Grenzen für Gesetzgebung und Gesetzanwendung setzt.[44] Hieraus hat die weitaus überwiegende Meinung zu Recht gefolgert, daß die Ehe als Institution verfassungsrechtlich gewährleistet wird, woraus sich die Verpflichtung des Staates ergibt, Schädigungen oder Beeinträchtigungen von Ehe und Familie selbst zu unterlassen und Angriffe abzuwehren. Umgekehrt ist aber aus der Tatsache, daß die Verfassung Ehe und Familie dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung unterstellt, der Schluß zu ziehen, daß hiermit auch ein Recht des einzelnen garantiert wird, eine Ehe einzugehen. Denn es ist kein Grund ersichtlich, nur bereits bestehende Ehen zu schützen und zu fördern, andererseits aber die Entstehung neuer Ehen verfassungsrechtlich zu benachteiligen, d.h. den Schritt in die Ehe dem Schutz des Artikel 6 Absatz 1 GG zu entziehen. Aus Artikel 6 Absatz 1 GG ist daher auch ein subjektives Recht gegen den Staat auf ungehinderte Eheschließung mit einem selbst gewählten Partner abzuleiten.[45]
Die dem OLG-Präsidenten von der hier bekämpften Auffassung eingeräumte Befugnis, Ermessenserwägungen anzustellen, liefe jedoch darauf hinaus, das Recht auf Eheschließung in kaum abzugrenzender Weise zu entwerten, da der Umfang der "zulässigen" Erwägungen in keiner Weise klar umrissen ist. So zu verfahren hieße daher, in den Kernbestand der Ehe[46], den Artikel 6 GG schützt, einzugreifen.

44) BVerfG 6, 55 (71); 24, 119 (135); StAZ 71, 189 (191); Maunz-Dürig, Art. 6 GG Rz. 6 ff

45) BVerfG 10, 66 ff; 29, 166 (175); Maunz-Dürig, Art. 6 Rz. 17

46) Maunz-Dürig aaO - vgl. Fußn. 45 -

Die gleichen Bedenken sind im Hinblick auf Artikel 12 der Menschenrechtskonvention anzumelden, wonach Männer und Frauen mit Erreichung des Heiratsalters das Recht haben, eine Ehe einzugehen und eine Familie nach den nationalen Gesetzen, die die Ausübung dieses Rechts regeln, zu gründen.[47] Die Zulassung weitgehenden Ermessens hat nichts mit der "Ausübung" der in der Menschenrechtskonvention gewährten Rechte zu tun, sondern hindert schlechthin ihre Inanspruchnahme.[48]

δ. Nur soweit es um die Frage geht, ob es dem Ausländer zumutbar ist, ein Ehefähigkeitszeugnis trotz bestehender Schwierigkeiten zu beschaffen, kann daher dem Ermessen des OLG-Präsidenten unterliegen. Insoweit geht es jedoch nicht um die Frage der Sicherung der geplanten Ehe oder eines der Verlobten, sondern um die Beurteilung der Schwierigkeiten, die mit der Beschaffung des Zeugnisses zusammenhängen. Danach also richtet sich allein, wann ein "besonderer Fall" vorliegt oder nicht.[49]

ε. Mit den vorstehenden Ausführungen ist zugleich auch der Auffassung widersprochen, die dem OLG-Präsidenten die Befugnis zubilligt, die Befreiung von der Erteilung des Ehefähigkeitszeugnisses allein mit dem Hinweis zu verweigern, durch die Zulassung der Eheschließung in Deutschland werde die Schließung einer hinkenden Ehe ermöglicht.
Auch diese Erwägung, die angesichts der unliebsamen Folgen, die eine hinkende Ehe für die Beteiligten haben kann.[50], durchaus "sachgemäß" erscheint, findet keine Rechtsgrundlage in § 10 Absatz 2 EheG. Der einfache Hinweis, es habe "keinen Zweck,

47) Die Menschenrechtskonvention ist von der BRD ratifiziert worden und als innerdeutsches Recht seit dem 23.8.1952 in Kraft.

48) Vgl. auch Schorn S. 270/271; Staudinger-Dietz § 10 Rz. 155 mwN

49) So auch Staudinger-Dietz, § 10 - Rz. 155

50) Näheres hierzu s. u. S. 44

ohne zwingenden Grund die Zahl der international-privatrechtlich einseitig wirksamen Rechtsakte und hinkenden Ehen noch zu vergrößern"[51], vermag jedenfalls nicht zu überzeugen.[52] Die gleiche Beurteilung ist in den Fällen angebracht, in denen nur deshalb eine hinkende Ehe entsteht, weil die in Artikel 13 Absatz 3 EGBGB vorgeschriebene Form der Eheschließung vor dem Standesbeamten vom Heimatrecht des Ausländers nicht anerkannt wird. In diesen Fällen, so fordern manche[53], müsse die Erteilung der Befreiung davon abhängig gemacht werden, daß eine Traubereitschaftserklärung beigebracht wird, d.h. eine Erklärung des zuständigen Geistlichen, in der sich dieser bereiterklärt, unmittelbar nach der standesamtlichen Trauung die kirchliche Trauung vorzunehmen. Daß diese Auflage unzulässig ist, ergibt sich einmal aus den oben dargelegten Gründen. Zum anderen ist der Vorschrift des Artikel 13 Absatz 3 EGBGB nicht nur zu entnehmen, daß die Einhaltung der Inlandsform zur Wirksamkeit der Eheschließung erforderlich ist, sondern darüber hinaus, daß hier eine Abgrenzung in der Weise vorgenommen ist, daß für den deutschen Bereich feststeht, was zur Form der Eheschließung und was zu den sachlichen Ehevoraussetzungen zu zählen ist.[54] Somit ist es für den deutschen Bereich unerheblich, ob ein ausländisches Recht der Trauung durch einen Geistlichen den Charakter einer sachlichen Wirksamkeitsvoraussetzung beimißt, auch wenn einzuräumen ist, daß die in Artikel 13 Absatz 3 EGBGB enthaltene Regelung rechtspolitisch verfehlt[55] und lästig[56] ist; denn ihre Nichteinhaltung führt zur Unwirksamkeit der Ehe bei uns, ihre Einhaltung zur Nichtanerkennung der Ehe im Ausland. Die Vorlegung einer Traubereitschaftser-

51) OLG Celle NJW 62, 1160

52) Vgl. auch Staudinger-Dietz aaO - vgl. Fußn. 41 - Rz. 157

53) Z.B. Palandt-Lauterbach § 10 EheG Anm. 3; Wüstenberg in RGRK, § 10 EheG Anm. 40, Beyer StAZ 57, 32

54) Vgl. Kegel, IPR, 1964, § 20 III 1 b aa; Neuhaus, Grundbegriffe des IPR, 1962, S. 90; Dieckmann JuS 66, 101; Staudinger-Dietz aaO - vgl. Fußn. 35 - Rz. 161 mwN

55) Vgl. Kegel aaO - vgl. Fußn. 54 - § 20 III 2 b

56) Vgl. Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 54

klärung bringt jedoch - abgesehen davon, daß sie nicht erzwungen werden kann -, auch keine wirksame Abhilfe, da keiner der Ehegatten gezwungen werden kann, nach Vollziehung der standesamtlichen Trauung auch noch nach dem vom Heimatrecht des Ausländers vorgeschriebenen Ritus zu heiraten.[57]

Somit bleibt zusammenfassend festzustellen, daß der OLG-Präsident nicht befugt ist, die Erteilung der Befreiung nach seinem Ermessen von der Durchführung bestimmter Sicherungsmaßnahmen abhängig zu machen. Die Prüfung des OLG-Präsidenten im Befreiungsverfahren ist vielmehr eine Rechtsprüfung, die auf die Ermittlung der nach dem Heimatrecht des Ausländers bestehenden Ehehindernisse gerichtet ist. Ermessenserwägungen darf der OLG-Präsident nur insoweit anstellen, als er sich darüber klar zu werden hat, ob es dem Ausländer zuzumuten ist, ein Ehefähigkeitszeugnis zu beschaffen.

Die entscheidende Frage geht daher allein dahin, ob der geplanten Ehe ein über Artikel 13 Absatz 1 EGBGB beachtliches Ehehindernis entgegensteht.
Artikel 13 Absatz 1 bestimmt, daß die Eingehung der Ehe, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden nach den Gesetzen des Staates beurteilt wird, dem er angehört.
Diese Vorschrift , die somit an die Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Eheschließung anknüpft, bestimmt durch die Verweisung auf das Heimatrecht jedes Verlobten den Kreis der trennenden oder aufschiebenden Ehehindernisse und damit auch über das Hindernis der Doppelehe. Es stellt sich daher die Frage, ob das für den heiratswilligen Ausländer gemäß Artikel 13 EGBGB maß-

57) Hierauf weist Dehner (NJW 63, 2310) zu Recht hin

gebende Heimatrecht das Verbot der Doppelehe kennt sowie, welche Bedeutung die Frage des Fortbestandes der ersten Ehe für die geplante Eheschließung besitzt[58], insbesondere, nach welchem Recht sich entscheidet, ob die in Deutschland geschiedene Ehe als fortbestehend anzusehen ist oder nicht. Die zweite Frage nach dem Fortbestand der geschiedenen Ehe führt auf den zu erörternden Problemkreis.

I. Ausgangspunkt der Erörterungen soll - der erheblichen praktischen Bedeutung wegen - die Auffassung des BGH bzw. des von ihm zitierten Reichsgerichts sein.[59] Der BGH hat in seiner Entscheidung - und zwar an der für das Ergebnis wohl wichtigsten Stelle - die Zulässigkeit der neuen Ehe schlechthin aus der Sicht des Heimatstaates gesehen und damit auch die Frage nach dem Fortbestand der ersten Ehe dem Heimatrecht des Ausländers unterstellt. Zur Begründung hat der BGH darauf hingewiesen, daß die Bedeutung des Artikel 13 EGBGB darin zu sehen sei, daß die geplante Ehe nur dann zustande kommen solle, wenn sie auch allgemein anerkannt werde, was der anzustrebende Normalzustand sei.[60] Die geplante Ehe solle nicht nur im Inland, sondern auch im Ausland, insbesondere im Heimatstaat des ausländischen Ehegatten, voll gültig sein. Lasse man diesen Grundsatz außer acht, so liefere man den deutschen Teil erheblichen Gefahren aus, die sich aus einer Lossagung des ausländischen Ehepartners von der Ehe ergeben könnten. Zudem verweist der BGH auf die erbrechtlichen Konsequenzen im Heimatstaat sowie auf die möglichen Rechtsverluste der aus der Ehe hervorgehenden Kinder. Zur Stützung seiner Entscheidung beruft sich der BGH schließlich auf das Reichsgericht[61], das die Ansicht vertreten hat, eine Ver-

58) Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23

59) aaO - vgl. Fußn. 12

60) Der BGH verweist insoweit auf Neuhaus aaO - vgl.Fußn. 54 - S. 254

61) Der BGH zitiert die Entscheidungen RGZ 78, 234 (236); 136, 142 (146); 160, 396 (403)

weisung auf fremdes Recht sei im Zweifel und grundsätzlich als "Gesamtverweisung" aufzufassen.

1. Beginnt man die Diskussion der BGH-Entscheidung mit diesem letztgenannten Hinweis auf die Auffassung des RG, so fragt sich, welche Folgerungen sich für die Lösung des Falles aus dem Satz ergeben, daß jede Verweisung auf fremdes Recht im Zweifel und grundsätzlich als Gesamtverweisung aufzufassen sei.

Der Begriff "Gesamtverweisung" besagt an sich nur, daß nicht nur auf die ausländischen Sachnormen, sondern auch auf das ausländische Kollisionsrecht verwiesen wird.[62] Betrachtet man allerdings die Verweisung und ihre Folge genauer, so zeigt sich, daß der Begriff "Gesamtverweisung" nicht genau paßt; denn es wird nicht auf ausländische Sachnormen und zugleich auf ausländisches Kollisionsrecht verwiesen. Gedanklich bestehen vielmehr nur die folgenden zwei Alternativen: entweder wendet man aufgrund des in unseren Kollisionsregeln enthaltenen Verweisungsbefehls zunächst ausländisches Kollisionsrecht (Gesamtverweisung) und anschließend die von diesem berufenen Sachnormen an, oder aber man bezieht die in unserem IPR enthaltene Verweisung nur auf ausländische Sachnormen (Sachnorm-Verweisung). Letztlich endet jede Verweisung jedoch bei der Anwendung einer Sachnorm. Auch eine Gesamtverweisung bedeutet daher letztlich Sachnorm-Verweisung.[63] Die eigentliche Bedeutung dieses Begriffs liegt somit im Bereich der Rück- und Weiterverweisung.

Auf die Argumentation des BGH bezogen, heißt das nun: verweist Artikel 13 EGBGB bezüglich der Frage nach den sachlichen Ehe-

62) RGZ 78, 234; 236, 142; vgl. Kegel - § 10 II; vgl. auch Nussbaum aaO - vgl. Fußn. 10 - S. 91 ff; Wolff aaO - vgl. Fußn. 10 - S. 74 f; Dölle IPR § 12 III

63) Dölle aaO - vgl. Fußn. 62

voraussetzungen (auch) auf das spanische IPR, so hätte der BGH prüfen müssen, welches Recht nach den spanischen Kollisionsnormen die sachlichen Ehevoraussetzungen bestimmt. Diese Auseinandersetzung mit dem spanischen IPR fehlt jedoch an dieser Stelle völlig.[64]

Wollte der BGH aus dem Begriff "Gesamtverweisung" die Folge herleiten, daß das spanische IPR gemäß Artikel 13 EGBGB nur zur Entscheidung über die Frage des Fortbestandes der ersten Ehe berufen sei, so behandelte er praktisch die Frage, ob selbständig oder unselbständig anzuknüpfen ist. Dann hätte der BGH ebenfalls zunächst das spanische IPR heranziehen und feststellen müssen, daß Spanien letztlich aus ordre-public-Erwägungen Auslandsscheidungen von Ausländern im Hinblick auf eine neue Ehe des Geschiedenen nicht anerkennt.[65] Der BGH hat jedoch offenbar auch diesen Weg nicht beschritten.

So wird man den BGH dahin verstehen müssen, daß, wie er im gleichen Abschnitt unter Berufung auf RGZ 136, 142 (146) selbst sagt, "die Vorschrift des Artikel 13 Absatz 1 Satz 1 EGBGB sich auf alle Tatumstände zu erstrecken hat, die in Beziehung zu der Frage stehen, ob eine Ehe gültig ist oder nicht".

Erste Bedenken ergeben sich bei diesem Satz bereits deshalb, weil die Umschreibung, "alle Tatumstände, die in Beziehung zu der Frage stehen, ob eine Ehe gültig ist oder nicht", keine feste Abgrenzung zuläßt.

Zudem aber führt die Auffassung des BGH dazu, daß, wenn es um eine erneute Eheschließung geht, die Frage der Gültigkeit einer ersten Ehe als ein solcher Tatumstand anzusehen und die gleiche Frage nach der Gültigkeit einer Ehe dann, wenn sie z. B im Zusammenhang mit der Prüfung der ehelichen Abstammung eines Kindes auftaucht[66], als selbständige Vorfrage

64) Lediglich an ganz anderer Stelle (unter Abschnitt IV 2.) finden sich die lapidaren Sätze: "Das spanische Recht kennt keine Rückverweisung (Art. 27 EGBGB) auf deutsches Recht. Daher beurteilt sich die Frage, ob der Antragsteller mit Frau H. die Ehe eingehen kann, nach spanischem Recht."

65) Vgl. Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 54 - S. 102, dort Fußn. 26 mwN

66) Vgl. Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 54 - S. 102, dort Fußn. 29

anzusehen ist. Man mag im ersten Falle (Gültigkeit einer Scheidung als Vorbedingung einer neuen Heirat) einen engeren Zusammenhang sehen als im letzteren Fall (Kind nur ehelich, wenn Ehe wirksam). Wenn der BGH jedoch die Fälle der Wiederverheiratung Geschiedener besonderen Grundsätzen unterstellen sollte, so hätte es einer eingehenderen Begründung bedurft.

2. Der BGH versucht jedoch, weiterhin durch die Art seiner Begründung den Eindruck zu erwecken, er habe nur die bereits vom Reichsgericht vertretene und gesicherte Rechtsprechung fortführen wollen. Dies trifft jedoch keineswegs zu.[67]

a. Was den Hinweis auf die Entscheidung RG 78, 234 angeht, so ging es hier um die Gültigkeit der Ehe eines katholischen Österreichers mit einer durch ein deutsches Gericht geschiedenen evangelischen Deutschen. Hierbei prüfte das RG zwar gemäß Artikel 13 EGBGB, ob die Ehe nach dem für einen jeden Verlobten maßgebenden Recht eingegangen werden durfte. Das RG fährt dann auch fort: "Sie (die Ehe) ist mithin nichtig, wenn sie nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem der Mann angehörte, d.h. nach österreichischen Gesetzen, auch nur in der Ansehung des Mannes verboten war". Dieser Satz scheint noch sehr für die Ansicht des BGH zu sprechen. Das RG fährt jedoch fort: "Ein solches Eheverbot ist nach dem österreichischen Hofdekret vom 17. Juli 1835 an sich gegeben, weil der erste geschiedene Ehemann der Frau noch am Leben ist". - Aus diesem letzten Satz geht nur eindeutig hervor, daß das RG die Gültigkeit der zweiten Ehe nicht deshalb in Frage gestellt hat, weil die Scheidung der ersten Ehe der deutschen Verlobten unter Umständen aus österreichischer Sicht **nicht** anerkannt werden konnte und deshalb das österreichische Verbot der Doppelehe (Artikel 62 ABGB) eingegriffen hätte, viel-

67) Vgl. die zutreffende Kritik bei Dieckmann aaO - vgl.Fußn. 54 - S. 104 ff.

mehr hat es sich mit dieser Frage überhaupt nicht auseinandergesetzt, sondern sich nur auf das Hofdekret vom 17. Juli 1835 gestützt, das einem Katholiken verbietet, einen Geschiedenen zu heiraten. Dieses Hofdekret ist als selbständiges Ehehindernis zu qualifizieren und über Artikel 13 EGBGB beachtlich. Es verbietet einem österreichischen Katholiken schlechthin, einen Geschiedenen zu heiraten, dessen Ehepartner noch lebt. Es fordert daher keine, sondern verbietet eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Scheidung des eigenen Verlobten in Österreich anzuerkennen ist oder nicht.[68] Für die pauschale These des BGH, auch die Wirksamkeit der Scheidung sei nach dem Heimatrecht des Ausländers zu prüfen, gibt die genannte Entscheidung des RG daher wenig her.

b) Anders verhält es sich mit der zweiten vom BGH zitierten Entscheidung des RG (136, 142). Hier ging es um die Gültigkeit der in Rußland geschlossenen zweiten Ehe eines Deutschen, die in Rußland einverständlich ohne Gerichtsverfahren vor dem Standesbeamten gelöst worden war. In der Tat hat das Reichsgericht bei der Beurteilung der Frage nach der Wirksamkeit der in Rußland erfolgten Scheidung Artikel 13 EGBGB angewandt. In diesem Zusammenhang fiel unter anderem der Satz, auf den sich der BGH stützt: "Daß hier Artikel 13 Absatz 1 Satz 1 EGBGB anzuwenden ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Die Vorschrift ist (nach ihrer im Eingang erörterten Tragweite) auf alle Tatumstände zu erstrecken, die in Beziehung zu der Frage stehen, ob die Ehe der Parteien gültig oder nichtig ist." Das RG stellt später sogar noch klar: "Artikel 17 EGBGB kann nicht in Betracht kommen, da dort nur die Vorschriften für den hier nicht gegebenen Fall aufgestellt sind, daß das deutsche Gericht zum Zwecke der Scheidung einer Ehe angerufen wird."

68) Daher existiert hier auch kein Vorfragenproblem

Gerade der letzte Satz erweckt Zweifel, ob der BGH richtig beraten war, sich ohne nähere Erörterung auf diese Entscheidung zu stützen. Denn ob Artikel 17 EGBGB wirklich nur anwendbar ist - in allen anderen Fällen also auf Artikel 13 zurückgegriffen werden muß -, wenn ein deutsches Gericht zum Zwecke der Scheidung einer Ehe angerufen wird, ist mehr als zweifelhaft. Raape hat in seiner ausführlichen Anmerkung[69] zu Recht darauf hingewiesen, daß auf die Anwendung von Artikel 17 EGBGB nicht verzichtet werden kann, auch wenn die Wirksamkeit einer Scheidung nur als Vorfrage etwa in Unterhalts- oder Erbstreitigkeiten auftaucht. Raape fragt zu Recht, woher das Reichsgericht in diesen Fällen das Statut nehmen will. Dem RG ging es aber offenbar in dieser Entscheidung nicht um eine wirklich saubere und grundsätzliche Abgrenzung von Eheschließungs- und Ehescheidungsstatut, wie nicht zuletzt die Kürze der diesbezüglichen Entscheidungssätze ersehen läßt. Hierfür bestand an sich auch keine Notwendigkeit, da derartige Erörterungen für das Ergebnis nicht von Bedeutung waren. Raape bemerkt vielmehr zu Recht: "Schwerlich hätte das Reichsgericht diesen Satz gewagt, wäre nicht zufällig sowohl nach Artikel 17 Absatz 1 als auch nach Artikel 13 Absatz 1 EGBGB ein und dasselbe Recht (wenigstens in Ansehung des Mannes) maßgebend gewesen, nämlich das deutsche."
Dennoch ist dem BGH, wenn auch mit den erwähnten Einschränkungen, zuzugeben, daß diese Entscheidung dem Wortlaut nach für seine Ansicht spricht, Artikel 13 Absatz 1 EGBGB enthalte eine "Gesamtverweisung" auf das Heimatrecht des Ausländers.

c. Ihm kann jedoch nicht gefolgt werden, wenn er sich schließlich auch auf RG 160, 396 bezieht und ausführt, das RG habe den Grundsatz aus der Entscheidung in RG 136, 142 "dahin erläutert, daß bei der gemäß Artikel 13 EGBGB gebotenen Prüfung der Fähig-

69) JW 32, 2274

keit zur Eingehung der Ehe das ausländische - hier polnische - Recht auch insoweit maßgebend ist, als es eine frühere Ehe als fortbestehend ansieht".
In RG 160, 396 ging es keinesfalls um die Gültigkeit einer früheren Ehe, sondern um die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte in einem Scheidungsstreit zwischen Polen, die in Deutschland standesamtlich und kirchlich geheiratet hatten. Im übrigen stützen auch die Entscheidungssätze des RG keineswegs die Auffassung des BGH:
Nachdem das RG festgestellt hatte, daß - wegen der besonderen Umstände des Falles - ein polnisches Gericht weder über den Scheidungsstreit der Parteien entscheiden, noch zur Frage der Anerkennung des deutschen Scheidungsurteils ablehnend Stellung nehmen werde, führt es weiter aus: "Schwierigkeiten können sich, solange die Parteien nicht etwa die deutsche Staatsangehörigkeit erlangt oder wiedererlangt haben [70], nur dann ergeben, wenn der Kläger oder die Beklagte nach ihrer Scheidung eine neue Ehe in Deutschland eingehen wollen. Da die Parteien als polnische Staatsangehörige anzusehen sind, bestimmt sich für sie gemäß Artikel 13 Absatz 1 EGBGB die Fähigkeit zur Eingehung der Ehe nach den polnischen Gesetzen, nach denen ihre frühere Ehe als fortbestehend anzusehen ist. Dasselbe ergibt sich aus Artikel 1 des Haager Eheschließungsabkommens vom 12.6.1902. Nach § 14 des EheG 1938[71] müssen die Parteien, wenn sie eine neue Ehe eingehen wollen, ein Zeugnis der inneren polnischen Behörden darüber beibringen, daß der Eheschließung kein in den Gesetzen des Heimatlandes begründetes Ehehindernis entgegensteht. Dieses Zeugnis würden die Parteien nicht erlangen können, weil eine Ausstellung aller Voraussicht nach von den inneren polnischen Behörden deshalb verweigert würde, weil nach ihrer Auffassung die Parteien noch in gültiger Ehe miteinander leben."

70) Die Ehefrau war ursprünglich Deutsche

71) Die Vorschrift entspricht inhaltlich in etwa dem jetzigen § 10 EheG

Der Entscheidungsgrundsatz, wonach sich die Fähigkeit der Partei zur Eingehung einer neuen Ehe gemäß Artikel 13 EGBGB - bzw. Artikel 1 des Haager Eheschließungsabkommens - nach den polnischen Gesetzen richtet, ist also in Bezug gesetzt zu der Frage, ob die Parteien damit rechnen können, das gemäß § 14 EheG 1938 für eine neue Eheschließung erforderliche Ehefähigkeitszeugnis von den polnischen Behörden zu erlangen.

Anders gesagt: Die Frage der Anerkennung der Scheidung wird in diesem Zusammenhang nur deshalb aus polnischer Sicht beurteilt, weil die polnischen Behörden das in Deutschland erforderliche Ehefähigkeitszeugnis ausstellen müssen und abzusehen ist, daß sie es mit Rücksicht auf die Nichtanerkennung der deutschen Scheidung nicht tun werden. Das Reichsgericht hat aber keineswegs zum Ausdruck gebracht, daß es den polnischen Standpunkt teile - etwa, weil gemäß Artikel 13 EGBGB alle für die Gültigkeit einer eventuellen neuen Ehe bedeutsamen Tatumstände aus polnischer Sicht zu beurteilen wären -, sondern es hat weiter auf die Möglichkeit verwiesen, nach § 14 Absatz 2 EheG 1938 Dispens von der Pflicht zur Vorlage des Ehefähigkeitszeugnisses zu erteilen. Ob die Parteien Befreiung erlangen würden, entscheidet das RG verständlicherweise nicht, da hierzu keine Notwendigkeit bestand. Denn diese Erörterungen sind nur, wie bereits oben erwähnt, im Rahmen der Prüfung zu verstehen, ob den Parteien die Scheidung in Deutschland wegen evtl. späterer Schwierigkeiten bei einer eventuellen Wiederheirat versagt werden soll.

Was diese Schwierigkeiten im Falle der Wiederverheiratung angeht, so verweist das RG nur auf Massfeller.[72] Massfeller

72) aaO - vgl. Fußn. 41 - S. 1260

jedoch meint unter Berufung auf eine ältere Entscheidung des KG[73], die Nichtanerkennung des deutschen Urteils durch den fremden Staat zu berücksichtigen hieße, dem Zweck eines deutschen Gesetzes widersprechen. Seiner Ansicht nach stünden daher Rechtsgründe der Eingehung einer zweiten Ehe auf Seiten des fremden Staatsangehörigen nicht entgegen. Massfeller räumt allerdings ein, daß es unter Umständen zweckmäßig sei, die Befreiung zu verweigern, da es auch dem deutschen Standpunkt widerspreche, Ehen mit örtlich begrenzter Wirksamkeit zuzulassen. Selbst wenn Massfeller nur an die Anwendung des deutschen ordre public gedacht haben sollte - ein solcher Schluß liegt nahe -, so geben seine Ausführungen doch andererseits nichts dafür her, daß Artikel 13 EGBGB eine Verweisung hinsichtlich aller Tatumstände enthält, die mit der Gültigkeit einer erneuten Eheschließung in Beziehung stehen.
Zwar muß man einräumen, daß das Ergebnis, das Massfeller durch den deutschen ordre public korrigieren will, darin besteht, daß der ausländische Standpunkt, wonach die deutsche Scheidung nicht anerkannt wird, von Deutschland an sich beachtet wird. Worauf die Übernahme dieses Standpunktes beruht, ob z. B auf einer notwendig umfassenden Anwendung des Artikel 13 EGBGB oder etwa auf einem bloß allgemeinen Wunsch, hinkende Ehen zu verhindern, wird jedoch nicht klar.

d. Angesichts des Umstandes, daß die vom BGH in seinem Beschluß vom 12.2.1964 herangezogenen Entscheidungen des Reichsgerichts seine Ansicht keineswegs in der Weise stützen, wie er es vorgibt, erscheint es auf den ersten Blick nicht recht verständlich, warum er zur Begründung seiner Auffassung nicht die Entscheidung des RG vom 21.3.1912[74] verwertet hat.

73) OLGE 24, 19

74) JW 12, 642

In diesem in mancherlei Hinsicht bemerkenswerten Urteil ging es um die Nichtigkeitsklage der zweiten Ehefrau eines Italieners, dessen erste in England - aber nach italienischem Recht wirksam - geschlossene Ehe in Deutschland geschieden worden war. Die Frau begründet ihre Nichtigkeitsklage damit, daß Italien die deutsche Scheidung ihres Mannes nicht anerkennt. Das Reichsgericht rügte in seiner Entscheidung nun gerade das Vorgehen des KG als Berufungsinstanz, das unentschieden gelassen hatte, ob Artikel 17 Absatz 4 EGBGB anzuwenden sei oder ob man über Artikel 13 EGBGB - wegen der Nichtanerkennung der Scheidung - zur Nichtigkeit der zweiten Ehe gelangt, da jedenfalls die Anwendung des italienischen Rechts an der Vorschrift des Artikel 30 EGBGB scheitere. In diesem Zusammenhang führte das RG aus: "Die Entscheidung ist sonach aus Artikel 13 Absatz 1 EGBGB zu gewinnen. Für eine entsprechende Anwendung des Artikel 17 Absatz 4, die das Berufungsgericht dahingestellt gelassen hat, ist, wie die Revision zutreffend ausgeführt hat, kein Raum, da Artikel 13 die Frage der Gültigkeit der Ehe erschöpfend regelt. Danach ist die Ehe, wenn sie auch nur nach dem Heimatrecht eines der Verlobten verboten ist, nichtig".
Der BGH hatte offenbar Bedenken, sich auf diese Entscheidung zu stützten, weil das RG im Ergebnis doch dem KG gefolgt war, das die Nichtigkeitsklage abgewiesen hatte.[75] Hierzu war das Reichsgericht über die Anwendung von Artikel 30 EGBGB gelangt, indem es sich zum einen auf die "auf materiell-rechtlicher Grundlage beruhende Trennung der Ehe"[76] berief und meinte, es widerspreche dem Zweck dieser Vorschriften, wenn der Richter gezwungen wäre, über Artikel 13 EGBGB "Ehen, die ein für allemal geschieden sind", noch als bestehend zu be-

75) aaO - vgl. Fußn. 54 - S. 104 dort Fußn. 49

76) Gemeint waren die §§ 668, 731, 732 ALR. Diese Vorschriften lauteten:
§ 668: Eine an sich nültige Ehe kann durch richterlichen Ausspruch wieder getrennt werden.
§ 731: Die Trennung des Ehebündnisses durch richterlichen Ausspruch erfolgt von dem Zeitpunkt an, da das Scheidungsurteil die Rechtskraft erlangt hat.
§ 732: Dergleichen Urteil wirkt eine gänzliche Aufhebung der Ehe und aller ihrer Folgen, in Ansehung beider Teile.

handeln. Zusätzlich hatte das RG noch auf das unliebsame Ergebnis hingewiesen, die Gültigkeit der ersten Ehe einmal zu bejahen, in anderer Beziehung jedoch zu verneinen. Diese Erwägungen stehen im krassen Widerspruch zur Ansicht des BGH. So hat er diese Entscheidung völlig unerwähnt gelassen.

e. Daher bleibt zusammenfassend festzustellen, daß weder die Literaturmeinungen noch die Rechtsprechung selbst die Ansicht des BGH hinreichend stützen, die in Artikel 13 Absatz 1 EGBGB enthaltene Verweisung erstrecke sich auf alle Tatumstände, die zu der Frage in Beziehung stehen, ob eine Ehe gültig ist oder nicht.
Es erstaunt[77], daß der BGH gerade diesen Weg gegangen ist, um seine Entscheidung zu begründen, zumal von Literatur und Rechtsprechung eine Reihe anderer Lösungen aufgezeigt worden sind, die dogmatisch eher zu überzeugen vermögen, auch wenn ihnen letztlich nicht immer gefolgt werden kann.

II. Vergleicht man nun die sonstigen Lösungsvorschläge, so stellt man fest, daß einer unter ihnen dem vom BGH verfolgten Weg sehr nahe kommt. Es ist der Gedanke, den Fortbestand der ersten Ehe als sogenannte "Teilfrage" zu sehen.
In der Rechtsprechung hat - soweit ersichtlich - bisher nur das OLG Hamm[78] ausdrücklich die Ansicht vertreten, die Frage nach dem Fortbestehen der geschiedenen Ehe sei "ein nicht zu verselbständigender Teil der Hauptfrage", ohne allerdings Näheres zum Inhalt und zur Abgrenzung dieses Begriffs auszuführen.

77) Indem der BGH diesen Lösungsweg wählt, umgeht er - wie Dieckmann (aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 102) zutreffend bemerkt - eine Auseinandersetzung mit der Vorfragenproblematik und vermeidet so eine klare Stellungnahme in dieser Frage.

78) FamRZ 63, 566

1. Eingeführt worden ist der Begriff "Teilfrage" von Serick.[79] Er versteht hierunter im Gegensatz zur Vorfrage, die seiner Ansicht nach nur "selbständige Bedingungstatbestände" einer Rechtsfrage zum Gegenstand hat, die "unselbständigen Glieder einer Rechtsfigur". Als Teilfrage sollen zum einen die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale eines Rechtsinstitutes - die "inneren Glieder" -, zum anderen die vor die Klammer gezogenen Rechtssätze, die für eine Mehrheit von Rechtsinstituten gelten - die "äußeren Glieder" -, gehören.[80] Zu den inneren Gliedern zählen nach Serick z. B die Deliktsfähigkeit im Rahmen der unerlaubten Handlung, zu den äußeren Gliedern die allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, die Anfechtung, die Form, der Verstoß gegen die guten Sitten, die Vollmacht des Beauftragten.

Serick will also mit Hilfe der Teilfrage nicht allein die letztlich zur Entscheidung gestellte Frage nach dem von unserem IPR bezogenen Recht beantworten, sondern diesem Recht auch die vorgelagerten Rechtsfragen zuweisen, sofern diese mit der eigentlich zu entscheidenden Frage einen besonderen rechtlichen Zusammenhang aufweisen. Serick stellt die Frage nach dem Grund und der Begrenzung der Teilfrage daher wie folgt[80a]: "Welche Merkmale geben einer Rechtsfigur so sehr ihren spezifischen Sinngehalt, daß sie nicht durch Merkmale aus anderen Rechtsordnungen ersetzt werden dürfen?"
Die Anwendung des Begriffs der Teilfrage führt zu zwei Aufspaltungsverboten: "Nach dem Verbot der inneren Abspaltung dürfen die unselbständigen Glieder einer Rechtsfigur, nach dem Verbot der äußeren Abspaltung dürfen auch sonstige zwingende Normen eines Rechts, sofern sie einen Bezug zu dem zu regelnden Rechtsverhältnis haben, nicht anders angeknüpft werden als dieses Rechtsverhältnis selbst."[81]

79) Rabels Z 18 (1953), 633 ff

80) aaO - vgl. Fußn. 79 - S. 636 ff

80a) aaO - vgl. Fußn. 79 - S. 636; vgl. auch Kegel aaO - vgl. Fußn. 54 - § 9 II 3

81) aaO - vgl. Fußn. 79 - S. 637

Hieraus ergibt sich nun die Folge, daß die Teilfrage nach den materiellen Normen derjenigen Rechtsordnung zu beantworten ist, die von dem internationalen Privatrecht des Gerichtsstaates zur Beurteilung der Frage, deren unselbständiger Teil sie ist, für anwendbar erklärt wurde.[82)]

2. Ob man dieser Konstruktion folgen soll, erscheint fraglich.

Die Schwäche dieses Rechtsinstituts liegt in der Schwierigkeit, die Fälle abzugrenzen, in denen eine Sonderanknüpfung von Teilfragen ausgeschaltet werden soll. Es besteht hier die Gefahr von Überschneidungen mit den Grundsätzen der Angleichung (Anpassung) in Fällen des Normenwiderspruchs sowie mit der Vorfragenproblematik.[83)] Kennzeichnend ist der Versuch Neumayers[84)], für den Fall der Wiederverheiratungsfähigkeit Geschiedener den Wegfall des Ehebandes zwar materiell als besondere Rechtsfolge zu erfassen und insoweit einen "inneren Zusammenhang mit dem Institut der Scheidung" zu sehen, die gleiche Erscheinung jedoch kollisionsrechtlich als "unselbständiges Tatbestandselement der Rechtsfigur Ehefähigkeit" zu qualifizieren.[85)]
Nun stellt Neumayer selbst fest, daß der Bereich der Teilfrage - namentlich seine Abgrenzung zur Vorfrage - bisher wenig erforscht sei. Die Teilfragenproblematik ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit und soll daher hier nicht im einzelnen untersucht werden. Nach Auffassung des Verfassers wird man jedoch Kegel[86)] zustimmen müssen, der die Ansicht vertritt, der Begriff der Teilfrage sei entbehrlich. Soweit für eine der

82) Vgl. zur Anwendung dieses Rechtsinstituts auf die hier behandelten Fälle Neumayer aaO - vgl. Fußn. 10 - S. 75

83) Obwohl Serick gerade hier eine klare Grenzziehung vornehmen will - vgl. S. 643

84) aaO - vgl. Fußn. 82 - S. 76

85) s. a. die Erörterung dieser Auffassung u. S. 38 f.

86) aaO - vgl. Fußn. 80a

Hauptentscheidung vorgelagerte Rechtsfrage, die als Rechtsfolge im Tatbestand einer Norm auftaucht, keine eigene Kollisionsnorm besteht, gibt es keine Vorfrage. Insoweit werden die vorgelagerten Rechtsfragen ohnehin nach dem vom deutschen IPR auf die Hauptfrage für anwendbar erklärten Recht beurteilt. Soweit für die vorgelagerte Rechtsfrage eine eigene Kollisionsnorm besteht, liegt nach herkömmlicher Auffassung eine Vorfrage vor. Den Begriff der Teilfrage zu verwenden hieße daher, die herkömmlichen Systematisierungsbestrebungen aufzugeben.[87] Auch der BGH hat sich dieser Rechtsfigur nicht bedient, obwohl er der Sache nach sehr ähnliche Überlegungen angestellt hat.

3. Wollte man aber das Problem der Wiederverheiratungsfähigkeit des in Deutschland geschiedenen Ausländers mit Hilfe der Teilfrage lösen und mit Neumayer[88] den Begriff "dahin präzisieren, daß die Teilfrage denjenigen juristischen Erscheinungen gilt, die im Normensystem der lex causae weder einen eigenen (selbständigen) Tatbestand erfüllen, noch als wesentliche Bestandteile mehrerer Rechtsfiguren beansprucht werden", so stellen sich doch sogleich Bedenken ein.
Gewiß erfüllt die Frage der Wirkung der Ehescheidung im Normensystem der Staaten, die die Scheidung nicht kennen, weder einen eigenen Tatbestand, noch ist sie als wesentlicher Bestandteil mehrerer Rechtsfiguren von Bedeutung. Das aber liegt nicht an der engen Bindung von Scheidung und Wiederheirat, sondern daran, daß im Normensystem dieser Staaten eine Scheidung dem Bande nach nicht vorgesehen ist. In denjenigen Staaten, in denen die deutsche Scheidung nur deshalb nicht anerkannt wird, weil der betreffende Staat die ausschließliche Zuständigkeit in Statussachen beansprucht, wird man demgegenüber sagen müssen,

87) So auch Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 54 - S. 102 dort Fußn. 27

88) aaO - vgl. Fußn. 80a

daß die Frage nach der Wirkung der Scheidung durchaus einen eigenen Tatbestand erfüllt - nämlich den des Wegfalls des Ehebandes - und als wesentlicher Bestandteil mehrerer Rechtsfiguren von Bedeutung ist, z. B. bei der Frage des Erbrechts der Ehegatten, ihrer gegenseitigen Unterhaltspflicht usw.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man mit Neumayer[89] die Erscheinung des Wegfalls des Ehebandes zwar "materiell" als selbständige Rechtsfolge auffaßt, sie kollisionsrechtlich aber als "unselbständiges Tatbestandselement der Rechtsfigur Ehefähigkeit" ansieht, die nicht als Vorfrage aufzufassen ist. Neumayer kann deshalb so vorgehen, weil er die Scheidungswirkungen relativiert, d.h. sie in Bezug zu einer neuen Ehe setzt und insoweit nur auf die Wirkung der Wiedererlangung der Ehefähigkeit abstellt. Aus diesem Grunde, so meint Neumayer, vermöge die Rechtsfigur der Ehefähigkeit nicht den inneren Gehalt eines abstrakten Tatbestandes des Normensystems zu erfüllen, denn die Rechtsfolge eines solchen Tatbestandes erschöpfe sich nur in der Wiedererlangung der Ehefähigkeit und sei somit allein als Ehevoraussetzung relevant. Neumayer sieht aus diesem Grunde in der Feststellung der Ehefähigkeit, ohne gleichzeitige Frage nach dem Wegfall der ersten Ehe, eine "willkürliche Abspaltung" des Elements der Ehefähigkeit.
Man wird Neumayer in diesem in sich geschlossenen Gedankengang nur dann folgen können, wenn man auch seiner Ansicht beitritt, die Scheidungswirkung "Wegfall des impedimentum ligaminis" bilde kollisionsrechtlich ein unselbständiges Tatbestandselement der Rechtsfigur Ehefähigkeit. Gerade die Richtigkeit dieser Prämisse ist jedoch anzuzweifeln. Denn so vorzugehen hieße doch, aus der Vielzahl der Scheidungswirkungen einen Sektor

89) aaO - vgl. Fußn. 84

herauszunehmen und der Rechtsfigur Ehefähigkeit zuzuschlagen. Es fragt sich, ob hierin nicht eher eine willkürliche Abspaltung der Scheidungsfolge "Wiedererlangung der Ehefähigkeit" von der umfassenden Rechtsfigur der Ehescheidung zu sehen ist. Selbst wenn man also die Frage nach der Wiedererlangung der Ehefähigkeit als Teilfrage behandeln wollte, so fragt es sich doch sofort - hierauf weist Dieckmann[90] zu Recht hin -, ob es sich nicht allenfalls um eine Teilfrage handelt, die dem Scheidungsstatut zuzuweisen ist. Will man aber die Frage nach der Wirksamkeit der Scheidung nicht das eine Mal verneinen, das andere Mal bejahen, so muß man endlich die Teilfrage der Wiedererlangung der Ehefähigkeit auch dem Scheidungsstatut zuweisen. Hiermit verließe man allerdings den Boden der Teilfragenlösung - denn die Befürworter der Teilfragenlösung streben - wie bereits erwähnt - nicht an, daß das unselbständige Glied von einem international-privatrechtlichen Rechtssatz, sondern von einer Norm des materiellen Rechts beherrscht wird. Die Anhänger der Teilfragenlösung wollen ja gerade vermeiden, daß das IPR des Staates, auf das bezüglich der Hauptfrage verwiesen wird, die Lösung der Teilfrage einem dritten Recht zuweist und somit die einheitliche materiell-rechtliche Beurteilung einer Rechtsfrage vereitelt wird. Angestrebt wird daher die "Wahrung der nationalen Integrität der in Rede stehenden Rechtsfigur"[91] und nicht etwa eine internationale Entscheidungsharmonie, wie sie bei der Frage nach der Anknüpfung von Vorfragen von Bedeutung ist.

III. Als "Vorfrage" wurde und wird verbreitet in Literatur und Rechtsprechung die Frage nach den Wirkungen der Scheidung des ausländischen Verlobten angesehen.

90) aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 1o2, dort Fußn. 27

91) aaO - vgl. Fußn. 83

In der Rechtsprechung ist noch in jüngerer Zeit wiederholt eine Lösung mit Hilfe der Vorfragen-Grundsätze versucht worden, so vom OLG Braunschweig[92], OLG München[93], dem KG[94], dem LG Köln[95] und dem AG Lübeck[96]. Erheblich zahlreicher sind die Stellungnahmen in der Literatur.[97]

Die Ausgangsfrage, die sich auch hier stellt, lautet: Wenn das ausländische materielle Recht das Verbot der Doppelehe kennt, nach welchem Recht wird dann beurteilt, ob die frühere Ehe, die dieser neuen Eheschließung entgegenstehen könnte, aufgelöst ist oder nicht. Entscheidet über die Frage das IPR des Staates, dessen Recht die Hauptfrage beherrscht (unselbständige Anknüpfung) oder entscheidet immer das eigene IPR (selbständige Anknüpfung)?

Der BGH, der in der oben bereits teilweise erörterten Entscheidung[98] den Standpunkt vertreten hat, das Fortbestehen

92) FamRZ 63, 569

93) NJW 63, 2233

94) FamRZ 61, 484

95) FamRZ 62, 158

96) FamRZ 55, 303

97) Achilles-Greif-Beitzke, Art. 13 Anm. 1; Albers StAZ 52, 49; Blanke FamRZ 63, 93; Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 103; Erman-Marquardt Art. 13 Anm. 5c; Ferid FamRZ 61, 401; Guggumos aaO - vgl. Fußn. 24 - S. 4; Henrich NJW 64, 2015; Jayme NJW 65, 18; Letzgus AcP 145, 295; Kegel aaO - vgl. Anm. 54 - § 20 III 1b bb; Kegel-Lüderitz FamRZ 64, 57; Marquardt StAZ 63, 46; Melchior S. 245-265 (grundlegend zur Vorfragenproblematik); Neumayer aaO - vgl. Fußn. 10 - S. 74/75; Raape JW 34, 2952; Soergel-Kegel Art. 13 Anm. 18; v. Stosch FamRZ 62, 159; Süss Festschrift für Rosenberg S. 249, Wengler RabelsZ 8 (1934) S. 148-251 (grundlegend zur Vorfragenproblematik) und JZ 64, 621; Wolff aaO - vgl. Fußn. 10 - S. 79-81, 212;

98) aaO - vgl. Fußn. 12

der ersten (geschiedenen) Ehe des einen Teils sei in Bezug auf die geplante Ehe überhaupt keine Vorfrage im technischen Sinne, hat kurz darauf einen Fall, in dem es um die Wirksamkeit der Ehe als vorgreifliche Frage für die eheliche Abstammung eines Kindes ging, mit Hilfe der Vorfrage gelöst und selbständig angeknüpft.[99]

In der Literatur wollen vor allem Melchior, Wengler und Wolff[100] allgemein oder doch "im Zweifel"[101] auf die Vorfrage das IPR des Staates anwenden, dessen Recht über die Hauptfrage entscheidet. Insbesondere Melchior und Wolff lassen jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz zu, gerade soweit es um die Gültigkeit einer Ehe geht.[102] In neuerer Zeit haben sich - zum Teil auch für den hier behandelten Fall - u. a. Süss, Marquardt und Jayme[103] dieser Ansicht angeschlossen. Demgegenüber hat sich jedoch immer mehr die Ansicht durchgesetzt, Vorfragen seien selbständig anzuknüpfen.[104]

2. Die Entscheidung für die eine oder die andere Lösung richtet sich danach, ob man dem äußeren oder inneren Entscheidungseinklang den Vorzug einräumt, ob man eine internationale oder nationale Harmonie wünscht.

99) FamRZ 65, 311

100) aaO - vgl. Fußn. 97

101) So Wolff aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 80

102) Vgl. Melchior S. 249-251 - wenn "zu Recht geschieden worden ist"; Wolff S. 80/81;

103) aaO - vgl. Fußn. 97 - Jayme kommt allerdings mit Rücksicht auf Art. 2 III 1 des Haager Eheschl.Abk. zu diesem Ergebnis; Henrich und Neuhaus lehnen eine generelle Festlegung, wie anzuknüpfen sei, ab.

104) Vgl. Blanke aaO; Dieckmann aaO; Erman-Marquardt aaO; Ferid (der allerdings im vorliegenden Fall unselbständig anknüpfen will); Kegel aaO; Kegel-Lüderitz aaO; Letzgus aaO; So auch schon Raape in JW 34, 295; - alle Fußn. 97 -

Insbesondere bei der Ehe zeigt sich deutlich die Bedeutung dieser Unterscheidung, weil die Ehe besonders viele Rechtsfolgen aufweist: Die persönlichen Ehewirkungen, der gegenseitige Unterhalt, das Ehegüterrecht, die Rechtsbeziehungen der Eltern zu den Kindern, das Erbrecht, das Pflichtteilsrecht u.a.m. Wollte man die Frage nach der Wirksamkeit einer früheren Scheidung jeweils dem IPR desjenigen Staates zuweisen, dessen Recht über die Hauptfrage entscheidet, so gelangte der deutsche Richter bei Unterschieden zum deutschen IPR das eine Mal zur Gültigkeit, das andere Mal zur Unwirksamkeit der Scheidung und damit zum Fortbestehen der Ehe. Ein im Grunde einheitliches Rechtsverhältnis müßte von demselben Richter möglicherweise in sich widersprechender Weise beurteilt werden. Eben diese Überlegungen haben den BGH[105] davon abgehalten, die Vorfrage nach der Gültigkeit einer Ehe unselbständig anzuknüpfen.[106]

Demgegenüber bringt die Anwendung des eigenen IPR grundsätzlich eine einheitliche Beurteilung eines Rechtsverhältnisses im Inland mit sich. Dieses Ergebnis ist meines Erachtens grundsätzlich anzustreben.
Allerdings wird man das Prinzip nicht starr durchführen können.[107] So werden von der Gegenseite denn auch zum Teil schwerwiegende Argumente gegen die selbständige Anknüpfung gerade in dem vorliegenden Fall vorgebracht, die einmal die generellen Vorbehalte

105) FamRZ 65, 311

106) Auch das RG hat in der bereits erwähnten Entscheidung vom 21.3.12 - vgl. Fußn. 74 - auf dieses unliebsame Ergebnis hingewiesen; vgl. auch BVerfG aaO - vgl. Fußn.14 - S. 194

107) Anders Kegel aaO - vgl. Fußn. 62 - § 9 II, der meint, Vorfragen seien stets nach dem eigenen IPR anzuknüpfen. So auch Letzgus (RabelsZ 34, 226). Wolff (S. 81) meint, die Entscheidung für den einen oder anderen Weg richte sich nach der Auslegung der ausl. materiellrechtlichen Norm, die die Antwort auf die Hauptfrage gibt. Raape (S. 119) will den Sinn der deutschen Kollisionsnorm, die die Hauptfrage regelt, entscheiden lassen; so auch Marquardt aaO - Fußn. 97.

gegenüber der Entstehung hinkender Ehen betreffen[108], zum anderen rechtssystematischen Charakter haben. Auch der BGH hat sich in seiner Entscheidung vom 12.2.1964 offenbar nicht deshalb entschlossen, eine Wiederheirat nicht zuzulassen, weil er unbedingter Anhänger der unselbständigen Anknüpfung wäre, sondern weil er die Folgen einer hinkenden Ehe fürchtete.

a. Dieses Ergebnis - das matrimonium claudicans - zu verhindern, bezeichnet denn auch Gamillscheg[109] als "das Wichtigste". Er weist zu Recht darauf hin, daß der Ausländer nicht nur der Gefahr einer Bestrafung wegen Bigamie in seinem Heimatstaat und unter Umständen auch in den Staaten aussetzt, die den Standpunkt des Heimatstaates teilen, sondern auch seine Frau und die Kinder in eine schwierige Situation bringt, die mit dem Leben nach zwei in dieser Frage vereinbaren Rechten zwangsläufig verbunden ist: "Eine Ehefrau, die gleichzeitig Konkubine ist, Kinder die hier ehelich, dort unehelich sind, hier den Namen des Vaters, dort den der Mutter tragen sollen, hier vom Vater, dort vielleicht vom Vormund herausverlangt werden können".
Meines Erachtens wird niemand das Gewicht dieser Argumentation verkennen können. Hinzu kommt, worauf auch der BGH[110] hinweist, daß es dem Ausländer in aller Regel offensteht, sich jederzeit aus den Bindungen dieser Ehe zu lösen und sich in seinen Heimatstaat abzusetzen. Aber selbst wenn er mit Frau und Kindern übersiedelt, begeben sich diese aus den erwähnten Gründen in eine schwierige Situation.

108) Gerade gegen dieses Argument, das einer übertriebenen Furcht vor hinkenden Rechtsverhältnissen entspringe, wehrt sich Holleanx (FamRZ 63, 537 Fußn. 2). Er drückt seine Verwunderung darüber aus, daß man in Deutschland bereit sei, für den Preis der Verhinderung einer hinkenden Ehe ein "hinkendes Urteil" in Kauf zu nehmen.

109) JZ 63, 25

110) aaO - vgl. Fußn. 12

Gamillscheg fordert daher vom Ausländer, vor seiner Eheschliessung sein Personenstatut in Ordnung zu bringen, d.h. entweder die Scheidung auch in seinem Heimatstaat zu erreichen oder seine Einbürgerung in Deutschland durchzusetzen.
Gegen dieses letzte Argument läßt sich nun allerdings einwenden, daß die Ehe erst dann ungefährdet ist, wenn der Ausländer beim Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit die fremde verliert, daß jedoch auch dann noch keine absolute Sicherheit besteht, wenn dieser die frühere Staatsangehörigkeit wiedererlangen und sich in seinem alten und neuen Heimatstaat mit Erfolg auf einen arglistigen Statutenwechsel zum Schaden der in Deutschland geschlossenen Ehe berufen kann. Nicht von der Hand zu weisen ist auch das prinzipielle Befremden über ein Recht, "daß sich die Ehe mit einem Staatsangehörigkeitswechsel abkaufen läßt, um so die Achtung vor seinem eigenen Scheidungsurteil wiederzugewinnen".[111]

Allerdings hat dieser Weg in der Rechtsprechung zunächst Anklang gefunden. So hat das OLG Karlsruhe[112] einer katholischen Spanierin, die in Deutschland einen rechtskräftig geschiedenen Deutschen heiraten wollte, die Befreiungsmöglichkeit nach § 10 Absatz 2 EheG eingeräumt, falls sie sich bereiterklärte, bei der Eheschließung vor dem deutschen Standesbeamten gemäß § 6 Absatz 2 RuStG aF zu Protokoll zu erklären, deutsche Staatsangehörige werden zu wollen. - Der BGH hat diese Ansicht in seiner neuesten Entscheidung[113] zurückgewiesen. Es handelte sich hier um den gleichgelagerten Fall, daß eine katholische Spanierin einen geschiedenen Deutschen heiraten wollte. Der BGH hat sich der Ansicht des vorlegenden OLG's (Bremen) angeschlossen, das eine Befreiung auch dann nicht erteilen wollte, wenn die Spanierin

111) Vgl. Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 104 dort Fußn. 48
112) DJ 64, 118
113) aaO - vgl. Fußn. 13

bereit war, die Erklärung nach § 6 Absatz 2 RuStG aF abzugeben. Der BGH begründet seine Ansicht zwar zunächst sehr formalistisch mit der Tatsache, daß ein Ausländer, der bei der Eheschließung erklärt, deutscher Staatsangehöriger werden zu wollen, bis zur Eheschließung eben doch Ausländer bleibt, und sich die sachlichen Ehevoraussetzungen bis zu diesem Zeitpunkt gemäß Artikel 13 EGBGB nach seinem Heimatrecht bestimmen. Diesem Recht weist der BGH in Bestätigung seiner Entscheidung vom 12.4.1964 auch die Frage nach den Wirkungen der Scheidung zu. Weiterhin führt der BGH aber aus, daß auch durch den gemäß § 6 RuStG erfolgten Staatsangehörigkeitswechsel die volle Anerkennung der neuen Ehe im Heimatstaat nicht unbedingt gesichert zu sein braucht und aus diesem Grunde auch hier die Überlegungen zum Schutze der Ausländerin angebracht sind.
Ob diese Schutzerwägungen jedoch letztlich geeignet sind, die gewiß nicht erwünschte hinkende Ehe zu verhindern, muß bezweifelt werden. Nach Auffassung des Verfassers lassen sich für die gegenteilige Ansicht bessere Argumente anführen.

Was die Möglichkeit des Ausländers angeht, sich nach einer Ehe auf Zeit in seinen Heimatstaat abzusetzen, so wird man dieses Argument im Rahmen der Diskussion über das Prinzip schon deshalb nicht überbewerten können, weil es im umgekehrten Fall - daß nämlich eine Ausländerin einen Deutschen heiratet - kaum praktische Bedeutung hat, da es der Ausländerin erheblich schwerer fallen wird, sich u. U. sogar mit Kindern in ihren Heimatstaat abzusetzen.[114)] - Darüber hinaus gelangte man bei selbständiger Anknüpfung zu einer Art Zwangszölibat, das vor allem wegen der rechtskräftigen deutschen Scheidung zu unseren allgemeinen ethischen und moralischen Vorstellungen nicht recht zu passen scheint, auch wenn man den Standpunkt des Heimatsrechts des Ausländers achtet. Dies und nicht mehr - so wird

114) vgl. Dieckmann, aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 104

man es sehen müssen - meint Kegel[115], wenn er das Ergebnis als "anstößig und falsch" bezeichnet.
Weiterhin muß man berücksichtigen, daß die Verlobten, denen die hinkende Ehe verweigert wird, häufig in die wilde Ehe ausweichen[116], und die aus einer solchen Verbindung stammenden Kinder nicht nur im Heimatstaat des Ausländers, sondern auch bei uns unehelich sind. Es ist daher Kegel-Lüderitz[117] zu folgen, wenn sie sich gegen die Meinung wenden, "gerade gehende Unehelichkeit" sei besser als "hinkende Ehelichkeit". Gewiß kann es uns - entgegen Guggumos[117a] - nicht gleichgültig sein, ob die neue Ehe im Heimatstaat des Ausländers als Bigamie angesehen wird. Man kann sich auch nicht schlicht und einfach auf den Standpunkt stellen, daß "die Regelung des künftigen Verhältnisses des ausländischen Ehepartners zu seinem Heimatstaat in erster Linie Sache des Heimatstaates und des ausländischen Ehepartners" sei. Denn es geht uns nicht so sehr um den Schutz des Ausländers als vielmehr darum, den deutschen Teil davor zu bewahren, möglicherweise seiner Rechte verlustig zu gehen.

Vielmehr erscheint es wichtig zu begreifen, daß wir nicht mehr in einer Zeit leben, in der wir die Menschen mit Hilfe von Schutzerwägungen, mögen sie auch noch so gut gemeint sein, in ihren persönlichsten Entscheidungen gängeln können. Die freie Bestimmung eines jeden über das, was er zu tun und zu lassen gedenkt, werden wir respektieren müssen, mögen wir die Entscheidung auch für unvernünftig und riskant halten. Allein die Furcht vor möglichen nachteiligen Folgen darf uns nicht dazu verleiten, den deutschen Verlobten in eine Art "Schutzhaft" zu nehmen.[118]

115) RabelsZ 25 (1960), 204 (für den Deutschen Rat für IPR); dagegen Gamillscheg aaO - vgl. Fußn. 41 - S. 23

116) Hierauf weisen Kegel-Lüderitz aaO; Dieckmann aaO und Guggumos aaO - alle vgl. Fußn. 97 - zu Recht hin.

117) aaO - vgl. Fußn. 97

117a) aaO - vgl. Fußn. 97

118) So Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 104

b. Neben den generellen Vorbehalten gegenüber einer hinkenden Ehe werden von den Vertretern der Gegenmeinung überdies rechtssystematische Bedenken geltend gemacht.

So greift Gamillscheg[119] auf § 606 b ZPO zurück und entnimmt dieser Vorschrift die Antwort auf die Frage, warum wir in den Status des Ausländers eingegriffen haben. Gamillscheg verweist auf den Sinn des § 606 b ZPO, der zum Schutz des deutschen oder staatenlosen Ehegatten geschaffen wurde bzw. - soweit es um die Frau geht - die internationale Zuständigkeit deshalb begründet, weil der Heimatstaat des Mannes unsere Gerichte zu einer gestaltenen Entscheidung einlädt. Gamillscheg meint nun, der Grund, der zur Entstehung des hinkenden Status führt, zeige uns auch die Wege zu seiner Begrenzung. Denn in den Bereich des fremden Rechts solle eben nur soweit eingegriffen werden, als dies zum Schutze des anderen Teils nötig sei oder die Einladung des fremden Rechts reiche. Die Gestaltung des Status des Ausländers, entgegen dem Willen seines Heimatrechts, sei eine Ausnahme von der durch unser IPR vorgenommenen grundsätzlichen Zuweisung an das Heimatrecht.
Nun ist gewiß richtig, daß § 606 b Ziffer 1 ZPO den Grundsatz wiedergibt, daß wir bestrebt sind, eine weitgehende Anerkennung unserer Statusurteile zu erreichen und zu vermeiden suchen, dann in den Status eines Ausländers eingreifen, wenn dies von seinem Heimatstaat nicht anerkannt wird. Der Zweck dieser Vorschrift besteht also darin, hinkende Entscheidungen in Ehesachen nach Möglichkeit zu verhindern.[120]; d. h. § 606 b Ziffer 1 ZPO verfolgt das Interesse an der Vermeidung einer unterschiedlichen Beurteilung desselben Sachverhalts durch die Gerichte verschiedener Staaten.[121]

119) aaO - vgl. Fußn. 109 -. G. stellt diese Erwagungen im Rahmen seiner ablehnenden Stellungnahme zu Kegels Lösung des Vorrangs des deutschen intern. Verfahrensrechts an. Die Argumentation trifft jedoch in gleicher Weise die selbst. Anknüpfung.

120) Vgl. Heldrich, Int.Zust., S. 248

121) Heldrich, Int.Zust., S. 123 ff

Gewiß ist nicht zu leugnen, daß hier ein Berührungspunkt mit der internationalprivatrechtlichen Frage besteht, in welcher Weise Vorfragen anzuknüpfen sind. Denn die unselbständige Anknüpfung von Vorfragen dient dem Interesse an einer internationalen Entscheidungsharmonie, ebenso wie die verfahrensrechtliche Vorschrift des § 606 b ZPO grundsätzlich einen internationalen Entscheidungseinklang zu wahren sucht. Allerdings stimmen beide Bereiche keineswegs überein; denn mit unselbständiger Vorfragenanknüpfung ist noch lange nicht gewährleistet, daß der betreffende ausländische Staat das deutsche Urteil anerkennt, das aufgrund der unselbständigen Anknüpfung ergangen ist.

Daß auch das Interesse an äußerem Entscheidungseinklang, welches man § 606 b ZPO durchaus entnehmen kann, durchaus beachtlich ist, wird keineswegs bestritten. Bei dem Hinweis auf § 606 b ZPO ist jedoch auch zu berücksichtigen, daß diese Vorschrift in Ziffer 2 eine Durchbrechung des Grundsatzes enthält, der die Anerkennung der deutschen Entscheidung im Ausland fordert.[122] Zudem sind grundsätzliche Bedenken anzumelden, aus einer Zuständigkeitsregelung Rückschlüsse zu ziehen auf die Frage, wie internationalprivatrechtliche Vorfragen anzuknüpfen sind. Eine Verallgemeinerung des in § 606 b Ziffer 1 ZPO enthaltenen Gedankens erhöhte die Bedeutung dieser Vorschrift in unangemessener Weise.[123]

c. Gegen die selbständige Anknüpfung wird ein weiteres rechtssystematisches Bedenken vorgetragen.
So beziehen sich vor allem Ferid[124], Süss[125] und Müller[126] auf Artikel 17 Absatz 3 EGBGB und erinnern an die Entstehungs-

122) § 606b Ziff. 2 ZPO betrifft nur Klagen auf Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe oder auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehend der Ehe.

123) Zum Verhältnis der Zuständigkeitsregelung zum anwendbaren materiellen Recht s.a. Stein-Jonas-Schlosser, § 606 b Anm. I 2

124) aaO - vgl. Fußn. 97

125) aaO - vgl. Fußn. 97

126) RabelsZ (1935) S. 889

geschichte des sogenannten Frauenscheidungsgesetzes[127] sowie an das mit seiner Einführung verbundene Ziel, das darin bestand, der deutschen Frau zur Lösung ihrer Ehe nach deutschem Recht zu verhelfen, auch wenn das an sich gemäß Artikel 17 Absatz 1 EGBGB maßgebende Heimatrecht des Mannes unter Umständen zufällig eine Scheidung dem Bande nach nicht zuläßt.

Welches Interesse, so fragt Süss, sollte aber nunmehr das Inland haben, dem in Deutschland lediglich mit Rücksicht auf die deutsche Frau geschiedenen Ausländer eine Wiederverheiratung zu ermöglichen. - Auch Ferid, der an sich Anhänger der selbständigen Anknüpfung ist, will mit Rücksicht auf Artikel 17 Absatz 3 im hier behandelten Fall ausnahmsweise selbständig anknüpfen. Er meint im Grunde das gleiche wie Süss, wenn er sagt, daß eine selbständige Anknüpfung in diesem Fall "dem Artikel 17 Absatz 3 und den sich aus ihm ergebenden Rechtsfolgen zu einer internationalen Bedeutung" verhelfen würde, die weit über das hinausginge, was durch die Schaffung der Vorschrift erreicht werden sollte. Wegen dieser "Schwäche" des Artikel 17 Absatz 3 müsse in solchen Fällen der - grundsätzlich anzustrebende - innere Entscheidungseinklang zurücktreten.

Wenn man diese Argumentation ausschließlich aus dem Gesichtswinkel der Vorfragen anknüpfung sieht, wird man ihr zunächst eine gewisse Berechtigung nicht absprechen können. In der Tat wollte der Gesetzgeber in Artikel 17 Absatz 3 EGBGB nur der Frau die Scheidung, nicht aber dem Ausländer auch die Wiederverheiratung ermöglichen. Daher die "prinzipwidrige" Anknüpfung, die Ausnahmecharakter hat.[128] -

Allerdings erscheint fraglich, ob man die in Artikel 17 Absatz 3 vorgesehene Anknüpfung heute wirklich noch als echten Ausnahmefall ansehen kann. Bedenken bestehen mit Rücksicht auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau und die Frage, inwieweit dieser Grundsatz in unseren Kollisionsnormen verwirklicht werden soll oder muß, d.h.

127) Vgl. hierzu Soergel-Kegel, Art. 17 RZ 23 ff

128) Vgl. z. B. BGH NJW 64, 2013 (2014)

wie weit die Anknüpfung an das Personalstatut des Mannes als prinzipgemäß, die Anknüpfung an das Statut der Frau als prinzipwidrig anzusehen ist.

Festzustellen ist hierzu zunächst, daß nach der in der Rechtsprechung vorherrschenden Auffassung der Grundsatz der Gleichberechtigung im IPR nicht gilt.[129]

In der Literatur haben besonders Makarov [130] und Müller-Freienfels[131], letzterer unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Frankreich, die Diskussion dieser Frage in Gang gebracht. In jüngster Zeit haben u. a. Sturm[132], Heldrich[133] sowie Lüderitz[134] gegen die herrschende Auffassung Stellung genommen. Kegel[135] vertritt in leicht abgeschwächter Form seine bisherige Meinung, daß nämlich "Artikel 3 Absatz 2, 117 Absatz 1 GG einschränkend dahin auszulegen sind, daß die der kollisionsrechtlichen Gleichberechtigung von Mann und Frau widersprechenden Normen des IPR nicht mit dem 31.3.1953 außer Kraft getreten sind."
Jedoch vermögen die gegen die Geltung des Artikel 3 Absatz 2 GG vorgebrachten Argumente nicht zu überzeugen. So erschöpft sich die Aufgabe des IPR nicht in einer (bloß technischen) Verweisungsfunktion[136]; ebenso wenig greift der Hinweis durch, das einseitig bevorzugte Mannesrecht könne die Frau

129) Vgl. z.B. BGH NJW 54, 857 und NJW 64, 2013)
130) RabelsZ 17, 382
131) JZ 57, 141
132) Festschrift Heidelberg, S. 155 ff mit ausführl. Übersicht der Stimmen in Fußn. 7 bis 9
133) JZ 69, 300 (Anm. zum Beschluß des BGH vom 17.9.1968 in JZ 69, 299)
134) FamRZ 70, 169
135) Soergel-Kegel, vor Art. 13, Rz. 3 bis 11, IPR. § 20 I
136) s.a. Beitzke GG u. IPR S. 14 ff

besser stellen als sie bei Anwendung ihres Heimatrechts stünde, denn es geht nicht um die Besserstellung, sondern um eine sachgerechte Gleichstellung der Frau[137]. Vielmehr dient auch das IPR der Verwirklichung einer spezifischen internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit.[138] Hierzu gehört u.a. das Interesse des Einzelnen an der Anwendung seines Heimatrechts, das den betreffenden Staatsangehörigen zunächst in der Regel am vertrautesten ist und zu dem er die meisten Bindungen zu haben pflegt.[139] Bei einer einseitigen Anknüpfung an das Mannesrecht wird die Frau zudem dadurch materiell benachteiligt, daß sie nicht - wie der Mann - die Möglichkeit hat, durch einen Wechsel ihrer Staatsangehörigkeit einen Statutenwechsel zu erreichen.

Aus alledem folgt, daß - unabhängig davon, welchen Ausweg man aus den Schwierigkeiten sucht[140] - jedenfalls die einseitige Anknüpfung an das Personalstatut des Mannes gerade mit Rücksicht auf die Gleichberechtigung einer Änderung bedarf.[141]

Berücksichtigt man diese Umstände, so verliert das Argument der "prinzipwidrigen" Ausweitung des Artikel 17 Absatz 3 EGBGB erheblich an Gewicht.

d. Vermag nun der Hinweis auf Artikel 17 Absatz 3 EGBGB letztlich nicht zu überzeugen, so geht erst recht der

137) Vgl. Müller-Freienfels aaO - vgl. Fußn. 131 - S. 143

138) Vgl. u.a. Beitzke GG u. IPR, S. 16

139) Vgl. hierzu u.a. Sturm aaO - vgl. Fußn. 132 - S. 160; Heldrich aaO - vgl. Fußn. 133 - S. 301; Müller-Freienfels aaO - vgl. Fußn. 131 - S. 144. Auch Kegel (Soergel-Kegel vor Art. 13 Rz. 5) erkennt dieses Interesse an.

140) Vgl. hierzu die Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts, sowie die kritische Stellungnahme von Gamillscheg in RabelsZ 33, 654 ff

141) Vgl. Kegel aaO - vgl. Fußn. 135; mit Vorbehalten Ferid, FamRZ 63, 59

Versuch Marquardt's fehl, die unselbständige Anknüpfung im Rahmen der Anwendung des Artikel 13 EGBGB mit der Interpretation des Artikel 13 Absatz 2 EGBGB zu begründen.[142)]

Marquardt, der zu Recht eine strenge Festlegung auf die selbständige oder unselbständige Anknüpfung vermeiden will, läßt im Anschluß an Raape[143)] jeweils den Sinn der deutschen Kollisionsnorm, die die Hauptfrage regelt, darüber entscheiden, ob dem äußeren oder dem innerenen Entscheidungseinklang der Vorrang einzuräumen ist. Um nun den Sinn des Artikel 13 EGBGB zu ermitteln, setzt Marquardt die in Artikel 13 Absatz 1 enthaltene allgemeine Verweisung auf das ausländische Recht in Beziehung zu Artikel 13 Absatz 2 EGBGB, der bestimmt, daß in Ansehung der Ehefrau eines nach § 12 VerschG für tot erklärten Ausländers die Eingehung der Ehe nach den deutschen Gesetzen beurteilt wird. - Die Auslegung des Artikel 13 Absatz 2 ergibt nun, daß entgegen der allgemeinen Fassung der Vorschrift (... die Eingehung der Ehe nach den deutschen Gesetzen beurteilt wird) die sachlichen Ehevoraussetzungen nicht schlechthin dem deutschen Recht zu entnehmen sind, sondern lediglich die Wirkungen des deutschen Todeserklärungsbeschlusses nach deutschem Recht beurteilt, d.h. berücksichtigt werden sollen. Insoweit soll also die allgemeine Verweisungsnorm des Artikel 13 Absatz 1 EGBGB, deren Anwendung sonst unter Umständen zur Nichtanerkennung der Todeserklärung nach ausländischem Recht geführt hätte, nicht eingreifen. Im übrigen gilt jedoch Artikel 13 Absatz 1 EGBGB, d.h. die sonstigen sachlichen Ehevoraussetzungen sind nach ausländischem Recht zu beurteilen.[144)]

142) Marquardt aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 46/47

143) aaO - vgl. Fußn. 107

144) h.M. vgl. z.B. Soergel-Kegel, Art. 13 RZ 39, Raape S. 274

Marquardt stellt nun die Frage, ob man aus Artikel 13 Absatz 2 einen allgemeinen Rechtsgrundsatz ableiten könne, nach dem die Vorfrage der Auflösung der Ehe sich bei Wiederheirat eines Ausländers nach deutschem IPR beurteile, oder ob man nicht im Wege des Gegenschlusses zu dem Ergebnis kommen müsse, daß der Gesetzgeber nur für diesen Sonderfall der Todeserklärung eine Regelung habe treffen wollen und damit zum Ausdruck gebracht habe, daß alle anderen Vorfragen - also auch die Frage nach der Wirkung einer vorhergegangenen Scheidung - nach Artikel 13 Absatz 1 zu beurteilen seien. - Marquardt vertritt die letztere Ansicht. Zur Begründung verweist er auf die Vermutung, wonach der Gesetzgeber bei der Schaffung des Artikel 13 EGBGB die viel häufigeren Fälle einer Ausländerscheidung in Deutschland entgegen dem Heimatrecht nicht übersehen habe. Er habe nur, um der im Inland wohnenden ehemaligen Deutschen[145] nach erfolgter Todeserklärung die Wiederheirat in Deutschland zu ermöglichen, die hinkende Ehe in Kauf genommen. Dies sei jedoch ein Sonderfall.

Sicherlich - und soweit ist ihm zuzustimmen - enthält Artikel 13 Absatz 2 EGBGB eine Sonderregelung. Aus dieser Vorschrift ergibt sich jedoch kein Hinweis darauf, ob Vorfragen selbständig oder unselbständig anzuknüpfen sind. Denn gerade wenn man ihm folgt und der Ansicht ist, daß der Gesetzgeber bei Abfassung des Artikel 13 EGBGB die Fälle einer Ausländerscheidung nicht übersehen hat, so gelangt man doch zunächst nur zu dem Schluß, daß gerade die in Artikel 13 Absatz 2 enthaltene Regelung erforderlich war, weil eben anderenfalls über Artikel 13 Absatz 1 das ausländische Recht, das unter Umständen die

145) M. bezieht sich offens. insoweit nur auf den Fall des § 12 Abs. 3 Satz 2 VerschG

deutsche Todeserklärung nicht anerkennt, eine erneute Eheschließung der ehemals Deutschen nicht zugelassen hätte. Eine Vorfrage hätte dann aus deutscher Sicht überhaupt nicht bestanden, da insoweit keine deutsche Kollisionsnorm vorhanden gewesen wäre.[146] Der Mangel hätte also gerade darin gelegen, daß neben der allgemeinen in Artikel 13 Absatz 1 enthaltenen Regel keine eigene Kollisionsnorm für die Fälle der Todeserklärung existiert hätte. - Für den Fall der Scheidung ist nun aber eine eigene Kollisionsnorm in Artikel 17 EGBGB enthalten. Man kann logisch nicht allein daraus, daß der Gesetzgeber die Frage nach der Wirkung einer Todeserklärung in eine eigene Kollisionsnorm aufgenommen hat, den Schluß ziehen, in allen Fällen seien vorgreifliche Fragen nach dem über Artikel 13 Absatz 1 anwendbaren Heimatrecht zu beurteilen, und zwar unabhängig davon, ob das deutsche Kollisionsrecht für diese vorgreifliche Frage besondere Kollisionsregeln enthält oder nicht.

Aus der Tatsache, daß Artikel 13 Absatz 2 EGBGB eine Regelung über die Wirkungen der Todeserklärungen erhält, wird also nur die allgemeine Ansicht erhärtet, daß diejenigen vorgreiflichen Fragen, die nicht Gegenstand einer eigenen Kollisionsregel sind, nach dem Recht beurteilt werden, auf das unser IPR bezüglich der Hauptfrage verweist. Und eben dieses Ergebnis wollte der Gesetzgeber vermeiden.

Wenn man wie Marquardt argumentiert, wird man allenfalls die (allerdings unrichtige) These aufstellen können, daß im Falle der Eheschließung im Rahmen der Anwendung des Artikel 13 EGBGB alle vorgreiflichen Fragen überhaupt keine Vorfragen im technischen Sinne seien, da Artikel 13 Absatz 1 grundsätlich auch hinsichtlich dieser vorgelagerten Fragen eine

146) Vgl. Kegel IPR § 9 I, II 3

Verweisung auf das Heimatrecht des Ausländers enthalte. Diese Ansicht deckt sich fast mit der vom BGH vertretenen Meinung, wonach sich die Vorschrift des Artikel 13 Absatz 1 EGBGB auf alle Tatumstände erstreckt, die in Beziehung zu der Frage stehen, ob eine Ehe gültig ist oder nicht. Dieser Ansicht scheint Marquardt nahezukommen ("... und somit alle anderen Fragen auch hinsichtlich der Vorfrage der Auflösung einer früheren Ehe dem nach Absatz 1 anwendbaren Heimatrecht ... unterliegen").[147] Nur muß man klar sehen, daß dann der Ansatzpunkt der Erörterung, von dem Marquardt auch ausgeht, nämlich, ob dem nationalen oder internationalen Entscheidungseinklang der Vorzug zu geben ist, falsch gewählt ist; denn diese Frage läßt sich - wie gezeigt - aus der Existenz und Stellung des Artikel 13 Absatz 2 EGBGB nicht beantworten.

So bleibt als Ergebnis festzuhalten, daß in unserem Falle, auch mit Rücksicht auf die erörterten rechtssystematischen Erwägungen, nichts gegen die selbständige Anknüpfung der Vorfrage nach der Wirkung der vorhergegangenen Scheidung spricht und es somit bei dem Grundsatz der selbständigen Anknüpfung bleibt.

D. I. Bisher wurde die Frage nach den Wirkungen des Scheidungsurteiles nur als "Teilfrage" bzw. "Vorfrage" berührt und erörtert, welchem Recht die Antwort auf die Teil- bzw. Vorfrage zu entnehmen sei. Es wurde jedoch nicht berücksichtigt, daß gerade von einem deutschen Gericht geschieden worden ist und das Scheidungsurteil als Rechtsprechungsakt und somit als Äußerung deutscher Staatsgewalt, d.h. als Hoheitsakt, eine besondere Bedeutung besitzt. Fordern nun nicht schon

147) aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 47

die Rechtswirkungen des Urteils die uneingeschränkte Anerkennung der Scheidung jedenfalls in Deutschland?
Zwischen dieser Frage und dem zuvor erörterten Problem, ob Vorfragen selbständig oder unselbständig anzuknüpfen sind, besteht vom Ergebnis her ein enger Zusammenhang. Denn knüpft man selbständig an, so beantwortet sich die Frage nach den Scheidungswirkungen, jedenfalls für den deutschen Partner, über Artikel 17 EGBGB nach deutschem Recht, ebenso wie deutsches Recht in Deutschland über die Wirkungen eines deutschen Urteils Auskunft gibt. Umgekehrt würde eine unselbständige Anknüpfung dann zur Nichtberücksichtigung des deutschen Urteils führen, wenn das ausländische IPR die Frage nach der Wirksamkeit der Scheidung dem eigenen Recht zuweist, und wenn dieses Recht - aus welchen Gründen auch immer - dem deutschen Urteil die Anerkennung versagt.
Mit Rücksicht auf diese wechselseitige Abhängigkeit der Problemkreise Vorfragenanknüpfung und Scheidungswirkungen ist versucht worden, zur Stützung der jeweils vertretenen Ansicht den Einfluß des ausländischen Rechts durch das deutsche Urteil zu beschränken, ebenso wie man die Scheidungsfolgen unter Hinweis auf die international-privatrechtliche Problematik begrenzen wollte. Kennzeichnend für diesen letztgenannten Versuch ist folgender Satz, der sich bei Neumayer[148] findet und dem sich die Oberlandesgerichte Celle, Hamm und München[149] angeschlossen haben: "Artikel 13 beschränkt die Entscheidungsgewalt des deutschen mit der Scheidung ausländischer Ehegatten befaßten Richters auf das Erkenntnis über die Scheidungsfolgen, die nach deutschem IPR nicht anderen Rechtsnormen als dem Scheidungsstatut unterstehen."

148) aaO - vgl. Fußn. 24 - S. 73

149) aaO - vgl. für alle Fußn. 11

Auch zum Problem der Teilfrage besteht eine enge Beziehung. Löst man nämlich die Wiederverheiratungsfähigkeit aus den sonstigen Urteilswirkungen heraus und unterstellt sie als Teilfrage demjenigen materiellen ausländischen Recht, das über die Hauptfrage befindet, so erfährt das deutsche Scheidungsurteil ebenfalls eine Einschränkung. Insbesondere Wengler[150] hatte diese Wechselbeziehung im Blick, als er forderte, daß die Rechtskraft eines Urteils hinsichtlich einer Rechtsfrage, wenn diese Rechtsfrage in einem anderen Zusammenhang als Teilfrage auftritt, nur so weit reichen dürfte, als jene Entscheidung unter Anwendung desselben Rechts getroffen worden wäre, welches gemäß dem Kollisionsrecht der jeweiligen Hauptfrage auf die betreffende Teilfrage anwendbar ist.

III. Berücksichtigt man nun die Bedeutung des deutschen Scheidungsurteils, so stellt sich die eingangs angeschnittene Frage, ob nicht die Urteilswirkungen, d.h. Rechtskraft und (oder) Gestaltungswirkung, die uneingeschränkte Anerkennung der Scheidungswirkungen jedenfalls in Deutschland gebieten. Eine solche Anerkennung im Inland würde ausreichen, weil es ja um die Wiederheirat des Ausländers im Inland geht.
Manche sehen in der Tat einen unmittelbaren und unbedingten Zusammenhang zwischen der Scheidung sowie der Fähigkeit eine neue Ehe einzugehen.[151]

So hat z. B. in jüngerer Zeit das Bayerische Oberste Landesgericht[152] in einem Fall, in dem es um die Heirat eines Italieners mit einer geschiedenen Deutschen ging, diese Ansicht in dem Satz zusammengefaßt: "Die Frau war Deutsche und nach

150) aaO - vgl. Fußn. 10

151) So Guggumos aaO - vgl. Fußn. 41 - S. 4; Fischer NJW 64, 1323/24

152) aaO - vgl. Fußn. 11

deutschem Recht ehefähig, weil rechtskräftig geschieden."

Die Auffassung, die die Wiederverheiratungsfähigkeit gewissermaßen bereits begriffsnotwendig aus der deutschen Scheidung folgen läßt, ist von denjenigen, die eine Wiederheirat - aus welchen Gründen auch immer - nicht zulassen wollen, stets sehr ernst genommen worden, obwohl sie sehr vordergründig ist und nur ein Ergebnis ausdrückt, das letztlich auf tieferliegenden Erwägungen beruht.

Die von der Gegenmeinung hierzu vorgetragenen Argumente vermögen jedoch nicht zu überzeugen. So hat sie sich auf Beispiele gestützt, aus denen hervorgeht, daß es Fälle gibt, in denen trotz der in Deutschland erfolgten Scheidung eine neue Eheschließung in Deutschland nicht zulässig sei. Man hat auf die insbesondere bei Raape[153)] angeführte griechische Regelung verwiesen, die es einem dreimal Geschiedenen verbietet, erneut eine Ehe einzugehen.[154)] Zudem wird auf das frühere österreichische Verbot hingewiesen, einen Geschiedenen zu heiraten, dessen Ehepartner noch lebt.[155)]

Diese Fälle scheinen tatsächlich auf den ersten Blick zu widerlegen, daß sich die Fähigkeit zur Wiederheirat begriffsnotwendig aus dem deutschen Scheidungsurteil ergibt. Betrachtet man sie jedoch genauer, so stellt sich heraus, daß eine neue Ehe keinesfalls deshalb nicht zugelassen wird, weil der ausländische Staat der deutschen Scheidung die Anerkennung versagt, sondern daß eigene Ehehindernisse vorliegen, die, abgesehen von einer ordre-public-Korrektur, über Artikel 13 EGBGB zu beachten sind. So besteht das griechische Verbot der vierten Ehe nicht deshalb, weil das griechische Recht die deutsche Scheidung nicht anerkennt, sondern es ist aus

153) S. 317

154) Vgl. hierzu auch Marquardt aaO - Fußn. 97

155) Vgl. zu diesem Fall die obigen Ausführungen auf S. 22f. zu RGZ 78, 234

der Erwägung zu erklären, ein dreimal Geschiedener sei offenbar nicht in der Lage, eine dauerhafte und gefestigte Ehe zu führen. Bei dem früheren österreichischen Verbot, einen Geschiedenen zu heiraten, dessen Ehepartner noch lebt, liegt die Sache zwar etwas anders, weil es sich zweifellos um ein konfessionell bedingtes Eheverbot handelt. Jedoch wird auch hier keineswegs unmittelbar an die Nichtanerkennung der Scheidung angeknüpft, sondern auch ein selbständiges Ehehindernis geschafften.[156]

Diese Eheverbote sprechen also keineswegs gegen die These, in Deutschland folge aus einer Scheidung begriffsnotwendig auch die Fähigkeit zur Wiederverheiratung, sofern man hinzufügt: Vorausgesetzt, daß der Wiederverheiratung nicht andere Hindernisse entgegenstehen, als gerade das Hindernis des Ehebandes, das durch das Scheidungsurteil entzweigeschnitten worden ist.[157]

IV. Indessen hat dieser Streit, wie bereits erwähnt, nur recht vordergründigen Charakter. Die wesentlichere Frage geht dahin, welche Aussage in der These enthalten ist, die Wiederverheiratungsfähigkeit ergebe sich "aus dem Urteil" . D. h. es fragt sich, welche Wirkungen dem Scheidungsurteil zukommen und welche Bedeutung diese Wirkungen für die Lösung des hier behandelten Falles haben.

Die Erörterung dieser Frage ist um so notwendiger, als sich manche zur Stützung ihrer Ansicht auf die Rechtskraft beru-

156) Vgl. zu diesem Fall die obigen Ausführungen auf S. 2% zu RGZ 78, 234

157) Vgl. Guggumos aaO - Fußn. 41

fen[158], während andere der Auffassung sind, daß Gestaltungsurteile überhaupt nicht in Rechtskraft erwüchsen[159] oder aber es jedenfalls nicht die Rechtskraft sein könne, aus der die Wiederverheiratungsfähigkeit folgt.[160] Wenn des weiteren andere die Gestaltungswirkung für den Vorrang des deutschen Urteils anführen, so ist es schließlich erforderlich, Bedeutung und Inhalt dieses Instituts zu umreißen. Die Beantwortung dieser Frage ist darüber hinaus auch für den Lösungsvorschlag des Vorrangs des deutschen internationalen Verfahrensrechts von Bedeutung.[161] Die Ausgangsfrage muß daher lauten: Welche Wirkungen sind dem deutschen Scheidungsurteil zuzusprechen?

1. Hier wiederum soll zunächst die Frage erörtert werden, ob Gestaltungsurteile überhaupt in materieller Rechtskraft erwachsen und welche Bedeutung ihr gegebenenfalls beizumessen ist. Zur Beantwortung der Frage ist es erforderlich, kurz auf die Grundlagen der Rechtskraftlehre einzugehen.

a. § 322 Absatz 1 ZPO bestimmt, daß Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden wird. Mit dem Begriff "Anspruch" ist nach heute ganz herrschender Ansicht der prozessuale Anspruch, das Klagebegehren gemeint, das in Form eines bestimmten Antrags (§ 253 Absatz 2 Ziffer 2 ZPO) geltend gemacht sowie durch den Vortrag eines bestimmten Tatsachenkomplexes substantiiert wird. Der Kläger muß also eine bestimmte Rechtsfolge als bestehend oder nichtbestehend für sich in Anspruch nehmen und so eine bestimmte Rechtsfolgebehauptung aufstellen, über die er durch seinen Antrag eine Entscheidung begehrt.[162] Das an das Gericht mit dem Antrag gestellte Begehren, welchen durch den zusätzlich vorzutragenden Sachver-

158) U.a. Guggumos aaO - vgl.Fußn. 41; Letzgus aaO - vgl. Fußn. 10; Nussbaum aaO - vgl. Fußn. 10 Reichel aaO - vgl. Fußn. 10; KG OLGE 24, 19; LG Hannover JZ 63, 21

159) So z.B. Rosenberg § 87,I3; vgl. Kegel-Züderitz aaO - Fußn. 97 - S. 58 dort Fußn. 11 mwN; weitere Zitate bei der Erörterung des Problems.

160) So. u.a. Gamillscheg aaO - Fußn. 41 - S. 24; Marquardt aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 47/48

161) Näheres unter S.81 ff.

162) Vgl. Rosenberg § 88 II 1a; zur Entwicklung des Begriffs vgl. Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 359 ff

halt die Beziehung zu einem konkreten Lebensvorgang gewinnt, ist somit der prozessuale Anspruch, über den entschieden wird, und der in materieller Rechtskraft erwächst. Was in § 322 Absatz 1 ZPO als Anspruch bezeichnet wird, ist nichts anderes als der Gegenstand, über den gestritten und entschieden wird. Die Begriffe "Anspruch" i.S.d. § 322 ZPO und "Streitgegenstand" sind gleichzusetzen.[163]

b. Wie sieht nun der geltend gemachte prozessuale Anspruch bzw. der Streitgegenstand in Gestaltungsprozessen aus? Nimmt man das Ehescheidungsverfahren als Beispiel, so geht der Antrag, der ja den Streitgegenstand (mit-)bestimmt, dahin, eine bestimmte Ehe zu scheiden und die Schuld festzustellen.[164] Beantragt jemand die Scheidung seiner Ehe, so behauptet er, ein Recht auf Ehescheidung zu besitzen.[165] Dieses Recht wird im Rahmen des prozessualen Begehrens, die Ehe zu scheiden, geltend gemacht und so der Streitgegenstand bestimmt.

Im Gegensatz zu Leistungs- und Feststellungsklagen, wo das zugrunde liegende materielle Recht bei Klageerhebung und Urteilserlaß bereits besteht (oder nicht besteht), wo also auch ein zusprechendes Urteil nur deklaratorische Kraft hat, wird in dem Augenblick, in dem ein Gestaltungsurteil in formeller Rechtskraft erwächst, die Rechtslage unmittelbar geändert: Eine Ehe wird geschieden, eine oHG aufgelöst, einem Geschäftsführer die Vertretungsbefugnis entzogen usw. Es werden mit Eintritt der formellen Rechtskraft also Rechtsfolgen geschaffen, die bisher nicht vorhanden waren und ohne das Urteil nicht vorhanden sein würden.[166] Das Gestaltungsurteil wirkt somit konstitutiv. Das in einem Gestaltungsprozeß geltend

163) Vgl. Rosenberg § 88 II 1a

164) Zur Frage, ob die Schuldfeststellung Teil der Gestaltung ist, vgl. Gaul FamRZ 57, 237 ff; Schlosser (FN. 135) S. 81/82 aaN

165) Darüber, wie dieses Recht zu qualifizieren ist, herrscht Streit, vgl. unten S. 63 ff.

166) Vgl. Rosenberg aaO - vgl. Fußn. 163

gemachte Recht ist unmittelbar auf Rechtsänderung gerichtet. Streitgegenstand in Gestaltungsprozessen ist also das behauptete Recht auf Rechtsänderung.[167]

c. Während man sich nun bei Leistungs- und Feststellungsklagen über die Anerkennung der materiellen Rechtskraft völlig einig ist, wird die Notwendigkeit der Anerkennung der materiellen Rechtskraft für einen Teil der Gestaltungsurteile bestritten.[168] Es besteht allerdings auch hier Einigkeit darüber, daß bei abweisenden Urteilen das Nichtbestehen eines Rechts auf Rechtsänderung festgestellt wird und diese Feststellung auch in materieller Rechtskraft erwachsen muß.[169]

Die Gründe, die gegen eine Anerkennung der Rechtskraft angeführt werden, sind kurz gesagt folgende: Zum einen wird angenommen, daß Urteil verwirkliche ein materielles Recht auf Rechtsänderung und bringe dieses Recht mit der Gestaltung zum Erlöschen. Daneben sei für eine rechtskräftige Feststellung kein Raum.[170] Überdies wirke die Gestaltung ja absolut, d. h. inter omnes. Es fehle somit an einem Bedürfnis, neben der Gestaltungswirkung noch eine Rechtskraft anzuerkennen.[171]

Nun wird man zwar der Annahme, mit der Klage werde ein materielles privates Gestaltungsrecht geltend gemacht, nicht entgegenhalten können, es fehle an einer aus diesem Recht verpflichteten Person. Denn sicherlich handelt es sich bei dem durch die Gestaltungsklage geltend gemachten Recht nicht um einen Anspruch i.S.d. § 194 BGB.

167) Rosenberg § 87 I 2; Blomeyer S. 504 ff; Dölle ZZP 62, 292

168) Vgl. Rosenberg §§ 87 I 3, 146; Schönke-Niese S. 348, Nikisch § 105 I 1; für die Anerkennung der mat. Rechtskraft neuerdings auch Schönke-Kuchinke S. 355

169) Rosenberg § 87 I 2, 3; Bötticher S. 511

170) So Rosenberg aaO - vgl. Fußn. 168

171) Vgl. Rosenberg § 146 II 2

Wenn insbesondere Rosenberg[172] aber zum Vergleich die anderen privatrechtlichen Gestaltungsrechte, wie Anfechtungs- und Kündigungsrechte heranzieht, so ergibt sich gerade aus diesem Vergleich, daß Unterschiede zu den genannten Gestaltungsrechten bestehen. Die von Rosenberg angeführten privaten Gestaltungsrechte unterliegen - worauf Lüke[173] zu Recht verweist - der Dispositionsbefugnis der an diesem Rechtsverhältnis Beteiligten. So können z. B. die Gesellschafter einer oHG eine Auflösungsklage nach § 133 HGB gegenstandslos machen, indem sie die oHG im gegenseitigen Einvernehmen auflösen, ebenso wie die Vertragsparteien ein anfechtbares Rechtsgeschäft einverständlich wieder aufheben können oder ein oHG Gesellschafter, in dessen Person ein Ausschließungsgrund vorliegt (§ 140 HGB), freiwillig ausscheiden kann.

Das durch die Eheschließung zustande gekommene Rechtsverhältnis zwischen den Ehepartnern unterliegt dieser Dispositionsbefugnis hingegen nicht. Hier spielt vielmehr das Interesse des Staates hinein, in Statussachen seiner Bürger ein Wort mitzureden. Mögen die Parteien noch so einig sein; wenn sie geschieden werden wollen sind sie nicht nur gezwungen, ein Gericht anzurufen, sondern sie müssen sich auch noch gefallenlassen, daß die sonst im Zivilprozeß geltende Parteienherrschaft im Eheverfahren stark eingeschränkt ist.[174]

Schon aus den genannten Gründen bestehen daher trotz des Wortlauts in den §§ 49, 50 EheG erhebliche Bedenken, das "Recht auf Scheidung" als materielles Recht auf Rechtsänderung aufzufassen.

172) aaO Fußn. 169

173) Zu der Frage, ob neben einem eventuellen mit der Klage geltend zu machenden Gestaltungsrecht noch ein parallel laufender Anspruch gegen den Beklagten anzuerkennen ist, vgl. Lüke, JuS 69, 301 (306 f); s.a. Stein-Jonas vor § 253 Abs. 2 Anm. II 3

174) Vgl. § 617 ZPO

Hinzu kommen generelle Bedenken. Das Gestaltungsrecht auf subjektives Privatrecht zu qualifizieren, hieße, Ablauf und Funktion der Ausübung des Gestaltungsrechts einem Bereich zuzuordnen, in den es nicht gehört. Soweit Gestaltungswirkungen nur durch den Erlaß eines Urteils herbeigeführt werden können, läßt sich ein Gestaltungsrecht sinnvoll nur als ein gegen den Staat gerichtetes subjektives öffentliches Recht auffassen, die Gestaltungswirkungen mit Hilfe des Richters herbeizuführen. Auf dieses Ziel ist das prozessuale Begehren gerichtet. Um ein privatrechtliches Recht kann es sich hierbei nicht handeln, wenn seine Befriedigung vom Gericht begehrt wird.[175] Dem öffentlich-rechtlichen Gestaltungsanspruch noch einen privatrechtlichen Anspruch sozusagen unterzulegen, gäbe jedenfalls in den Fällen keinen Sinn, in denen die Gestaltung nur durch das Gericht herbeigeführt werden kann.[176] Die Gestaltung erfolgt also nicht, weil ein materieller Anspruch besteht, sondern weil materiellrechtliche Voraussetzungen (ein Gestaltungsgrund) vorliegen und ein öffentlich-rechtlicher Gestaltungsanspruch geltend gemacht wird.[177]

Der modernen Auffassung, die von einem publizistischen, d.h. gegen den Staat gerichteten Recht auf Gestaltung ausgeht, ist daher zuzustimmen.[178]

175) Vgl. Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 362

176) Vgl. unten - Fußn. 173

177) Vgl. Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 365, 373 ff

178) So z. B. Stein-Jonas-Schönke, Vorb. II 3 zu § 253; Gaul aaO - vgl. Fußn. 164 - S. 239 u. Fußn. 42; Lüke aaO - Fußn. 173; Schlosser (Gestaltungsklagen S. 374 ff) faßt den Gestaltungsanspruch zutreffend als Vollstreckungsanspruch auf, da das letztlich angestrebte Ziel die Vollstreckung des Gestaltungsrechts durch das gerichtliche Urteil selbst ist.

Selbst wenn man sich aber auf den Standpunkt stellte, es besteht auch im Fall der Ehescheidung ein materielles Recht auf Rechtsänderung und dieses Recht würde mit der Gestaltung erlöschen, so bestehen doch jedenfalls keine Bedenken dagegen, dieses Recht als in der letzten mündlichen Verhandlung bestehend festzustellen.[179] Denn auf diesen Zeitpunkt bezieht sich die in Rechtskraft erwachsende Feststellung.[180]

Wie steht es nun mit dem Argument, für die Anerkennung der Rechtskraft fehle es an einem Bedürfnis? Ist die Wirkung der materiellen Rechtskraft also entbehrlich?
Auf den ersten Blick mag es naheliegen, die Frage zu bejahen. Denn der Sinn der Rechtskraft liegt darin, daß der Inhalt des Urteils für die Parteien[181] maßgebend ist und von ihnen in einem neuen Rechtsstreit nicht mit Erfolg als unrichtig angegriffen werden kann. Die Hauptbedeutung der materiellen Rechtskraft ist also darin zu sehen, daß die rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge auch für die Entscheidung in einem neuen Rechtsstreit über eine andere Rechtsfolgebehauptung maßgebend ist, wenn die Entscheidung in dem neuen Prozeß also von der bereits rechtskräftig entschiedenen Rechtsfolge abhängt, wenn somit die bereits entschiedene Rechtsfrage für das zweite Verfahren praejudiziell ist.[182] Nun ist gewiß richtig, daß, nachdem ein Gestaltungsurteil formell rechtskräftig geworden ist, niemand in einem neuen Prozeß mit der Behauptung durchdringen kann, die Gestaltung sei nicht erfolgt, z. B eine geschiedene Ehe bestehe noch. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann nicht noch einmal über

179) Vgl. Gaul aaO - Fußn. 164 - S. 239/240

180) Einhellige Auffassung - z. B. Rosenberg § 150 III 2

181) Und z.T. für Dritte - §§ 325 ff ZPO

182) Vgl. z. B. BGH LM Nr. 23 zu § 322 ZPO; Lent-Jauernig § 62 II 3

diese Frage entschieden werden.[183] Hierüber enthält die ZPO zwar keine allgemeine Anordnung, "aber es ist selbstverständlich, daß Gestaltungsurteile für und gegen jeden wirken, während die materielle Rechtskraft der Urteile, die Bindung an die deklaratorische Feststellung erst durch das Prozeßgericht bestimmt werden muß, um dem Staatsakt die Kraft einer autoritativen Feststellung zu verleihen.[184] Über diese Auswirkung der Gestaltung ist man sich einig.

Man muß sich jedoch vor Augen halten, daß - wenn schon die unzweifelhaft erfolgte Gestaltung nicht in Frage gestellt werden kann - doch die Möglichkeit besteht, daß sich die unterlegene Partei in einem neuen Prozeß auf den Standpunkt stellt, die Gestaltung sei zu Unrecht erfolgt, der obsiegenden Partei habe überhaupt kein Recht auf Rechtsänderung zugestanden. Es wäre der unterlegenen Partei also unbenommen, in einem neuen Prozeß z. B. Schadensersatzansprüche auf diese Behauptung zu stützen, da ja die in dem neuen Prozeß praejudizielle Rechtsfrage, ob nämlich ein Gestaltungsrecht bestanden hat oder nicht, keineswegs durch die erfolgte Gestaltung endgültig und bindend beantwortet worden sei. - Eben dieses Vorgehen wird der unterlegenen Partei abgeschnitten, wenn man die Geltung der materiellen Rechtskraft auch auf Gestaltungsurteile erstreckt. Rechtskraft des Anspruchs bedeutet dann, daß zwischen den Parteien ein für allemal bindend festgestellt ist, daß das Recht auf Rechtsänderung bestanden hat, daß die Gestaltung also zu Recht erfolgt ist.

183) Zu der zweifelhaften Frage der Beseitigung von Gestaltungsurteilen im Wiederaufnahmeverfahren vgl. BGHZ 18, 357 f; Lent-Jauernig § 76 VII; zur Frage der Wiedereinsetzung gegen rechtskräftige G.-Urteile BGHZ 8, 284 f.; Rosenberg § 77 II 1; Zeuner MDR 60, 85

184) Lent-Jauernig § 65 I 4

Hinzu kommt, worauf Schlosser[185] als erster hingewiesen hat, die Bedeutung der materiellen Rechtskraft für die Frage, ob sich die im Gestaltungsprozeß unterlegene Partei nicht bei der Geltendmachung eines Kondiktionsanspruchs auf den Standpunkt stellen kann, die im Gestaltungsurteil ausgesprochene Wirkung sei zu Unrecht erfolgt.

Aus diesen Gründen ist die Ansicht, Gestaltungsurteile erwüchsen nicht in materieller Rechtskraft, abzulehnen.[186] In § 322 ZPO kann daher eine Einschränkung seiner Geltung auf Leistungs- und Feststellungsklagen nicht hineingelesen werden; die Vorschrift gilt vielmehr so allgemein und umfassend wie ihr Wortlaut es auch zum Ausdruck bringt.

2. Von der Rechtskraft ist nun die Gestaltungswirkung streng zu trennen. Ursprünglich kannte man zwar keinen Unterschied.[187] Nach und nach setzte sich jedoch die Erkenntnis durch, daß Rechtskraft und Gestaltungswirkung inhaltlich verschieden sind und daß es unrichtig ist, die Gestaltungswirkung etwa als eine Art Erstreckung der Rechtskraft zu begreifen.[188] Auf einige Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstituten wurde bereits hingewiesen. Weiterhin besteht ein Unterschied hinsichtlich des Zeitpunktes, auf den sich die Wirkung bezieht. Die rechtskräftige Feststellung über das Bestehen oder

185) Gestaltungsurteile, S. 408

186) Vgl. Blomeyer aaO - vgl. Fußn. 167-; Böttticher S. 517; Dölle aaO - vgl. Fußn. 167 -; Gaul aaO - vgl. Fußn. 164 - ; Lent-Jauernig § 65 II; so jetzt auch Rosenberg-Schwab § 95

187) Vgl. die Hinweise bei Zeuner S. 118 ff; terminologische Unklarheiten noch bei Hellwig S.773 und bei Goldschmidt, ZPR, S. 211 ff.

188) Vgl. Lent-Jauernig § 65 I 4

Nichtbestehen eines Anspruchs bezieht sich auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, während in einem Gestaltungsurteil eine Anordnung für die Zukunft liegt, da die Gestaltungswirkung regelmäßig erst mit der formellen Rechtskraft eintritt. Außerdem liegt ein begrifflicher Unterschied darin, ob ein Gericht feststellt, daß eine Ehe aufgelöst ist oder ob es ausspricht, daß eine Ehe in Zukunft aufgelöst sein soll. Vor allem aber wirkt die Gestaltung im Gegensatz zur Rechtskraft, die grundsätzlich nur die Parteien bindet, inter omnes. Gerade hierin liegt ihre Bedeutung.[189] Hieraus folgt nun, daß jedes Gericht und jede Behörde, ohne Beschränkung auf bestimmte Beteiligte, an sie gebunden ist.[190] Die Gestaltung wirkt nach herrschender Meinung absolut.

3. Schließlich stellt sich die Frage nach der rechtlichen Einordnung der Gestaltungswirkung. Es fragt sich insbesondere, worauf sie beruht und ob sie als Rechtsinstitut dem Prozeßrecht oder dem materiellen Recht zuzuordnen ist.

a. Hinsichtlich der Frage, worauf die Gestaltungswirkung beruht, herrscht heute weitgehend Einigkeit. Während früher vorwiegend die Ansicht vertreten wurde, sie beruhe auf einer rechtsschöpferischen Kraft des Richters, sieht man heute ihren Grund in einer gesetzlichen Anordnung, ohne deren Gebot der Richter nicht gestalten dürfte und nach deren Gebot er gestalten muß, wenn die nach materiellem Recht festgelegten Voraussetzungen festgestellt sind. Die Gestaltungswirkung beruht daher auf einer materiell-rechtlichen Norm (z. B. § 41 Satz 2 EheG oder § 140 HGB). Gestaltungswirkung

189) Zu den Unterschieden Lent-Jauernig § 65;

190) Vgl. z. B. Lent-Habscheid S. 116; Keidel § 1 Bem. 14; a.A. Grunsky S. 485

ist daher, wie Lent[191] es formuliert hat, Bindung an das materielle Recht.[192]

Zu berücksichtigen bleibt allerdings, daß es keineswegs die abstrakt-generelle Norm des materiellen Rechts sein kann, die die Auflösung einer bestimmten Ehe anordnet. Wenn man die Gestaltungswirkung daher als Bindung an das materielle Recht definiert, bleibt festzustellen, daß zudem eine absolute Bindung an den konkreten Urteilsausspruch besteht und bestehen muß. Diese Bindung, die wie oben erwähnt[193], in der ZPO nicht besonders angeordnet ist, schafft erst die im konkreten Einzelfall erforderliche Wirkung gegenüber jedermann. So hat es durchaus seinen Sinn, wenn Kegel-Lüderitz das Schwergewicht auf das Urteil legen[194] und ausführen, daß jedes Urteil nach einer zwar ungeschriebenen, aber doch selbstverständlichen Norm des deutschen materiellen Privatverfahrensrechts gemäß seinem Inhalt wirke. Diese Inhaltswirkung folge aus der Klärungs- und Befriedungsfunktion des Urteils, die auch für die Anerkennung der materiellen Rechtskraft und der Gestaltungswirkung maßgebend sei. Schlosser[195] bezeichnet die Gestaltungswirkung ebenfalls als Inhaltswirkung eines Urteils und stellt sie in eine Reihe mit Vollstreckungswirkung und materieller Rechtskraft.

Nun wird man - was Kegel-Lüderitz wohl auch nicht von der Hand weisen wollen[196] - gerade die absolute Wirkung des

191) ZZP 61, 279

192) Vgl. Rosenberg § 87 I 2; Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 22. Einen Sonderfall bilden die prozessualen Gestaltungsklagen gem. §§ 767, 771 ZPO; sie sollen hier außer Betracht bleiben.

193) S. 67

194) aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 58

195) Gestaltungsklagen, S. 157

196) Für diese Annahme spricht der Hinweis, es sei eine Frage für sich, ob die Inhaltswirkung inter partes oder inter omnes gelte.

konkreten Urteilsausspruchs nicht mit einer jedem Urteil zukommenden Inhaltswirkung erklären können, sondern mit Lent[197] einen selbverständlichen Satz des Inhalts annehmen müssen, wonach eine im Urteil ausgesprochene Gestaltung inter omnes wirkt.

Festzuhalten ist somit, daß die Gestaltungswirkung sozusagen auf zwei Beinen steht. Abstrakt normiert und angeordnet wird sie in einem materiellen Rechtssatz. Der Rechtssatz kann aber naturgemäß nur eine Aussage darüber treffen, welche abstrakten Wirkungen dem Gestaltungsurteil zukommen. Erst das Urteil trifft im konkreten Fall die gestaltende Einzelentscheidung. Daß dem so ist, zeigt sich u. a. darin, daß auch dann, wenn die Voraussetzungen für eine Gestaltung überhaupt nicht vorgelegen haben, das Urteil jedoch ergeht, die Gestaltung unstreitig erfolgt. Ob das Gericht die Tatsachen richtig festgestellt hat, das falsche Recht oder das richtige Recht falsch angewandt hat, ist unerheblich.

b. Mit den vorstehenden Ausführungen ist zum Teil auch bereits eine Antwort auf die weitere Frage gegeben, ob die Gestaltungswirkung als Rechtsinstitut dem materiellen Recht oder dem Verfahrensrecht zuzuordnen ist. Für eine materiellrechtliche Einordnung spricht, daß die Gestaltungswirkung in ihrer abstrakt-generellen Regelung durch eine materiellrechtliche Norm angeordnet wird.[198] Die Wirkungen der Gestaltung sind auch materiell-rechtlicher Natur; denn sie lösen oder schaffen unmittelbar Rechtsverhältnisse materiell-

197) aaO - vgl. Fußn. 188

198) Vgl. Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 22; "Denn dazu, daß ein Akt Rechtswirkungen entfalten kann, bedarf es einer Norm, die ihm Rechtswirkungen verleiht..."

rechtlicher Art. Hingegen wird man die absolute Bindung an den Ausspruch des konkreten Gestaltungsurteils dem Prozeßrecht zuordnen müssen. Sofern man daher die "Gestaltungswirkung" überhaupt als einheitliches Rechtsinstitut auffassen will, wird man es als Institut mit Mischcharakter auffassen müssen. Zutreffender erscheint es jedoch, die abstrakt-generelle Anordnung, die materiell-rechtlicher Natur ist, von der prozessualen für jedermann geltenden Bindung an den konkreten Urteilsinhalt zu trennen.

4. Aus den obigen Überlegungen ergibt sich nun für die Frage, ob die Zulässigkeit einer erneuten Eheschließung nicht bereits zwingend "aus dem deutschen Scheidungsurteil" folge, zunächst nur, daß es jedenfalls nicht die Rechtskraft des deutschen Scheidungsurteils sein kann, die dieses Ergebnis fordert; denn die Rechtskraft wirkt nur inter partes und trifft bei Gestaltungsurteilen nur eine Feststellung darüber, daß ein Recht auf Rechtsänderung bestanden hat, daß die Gestaltung also zu Recht erfolgt, eine Ehe zu Recht geschieden worden ist. Vielmehr folgt die absolute Geltung des deutschen Urteils allein aus der Gestaltungswirkung.[199] Daß die Bedeutung der Gestaltungswirkung gerade in der umfassenden Bindung auch die Behörden und Gerichte zu sehen ist, wurde oben bereits dargelegt. Damit steht fest, daß auch der deutsche Standesbeamte und ein mit der Entscheidung über die Zulässigkeit einer erneuten Eheschließung betrautes deutschen Gericht an den gestaltenen Urteilsausspruch gebunden ist.

199) Soweit im folgenden Ansichten zitiert werden, die sich auf den Vorrang der Rechtskraft bzw. auf § 322 ZPO berufen, wird man dies so lesen müssen, als sei die Gestaltungswirkung gemeint. Wie dargelegt, wurde der Unterschied zwischen Rechtskraft und Gestaltungswirkung erst in "geläuterter Wissenschaft" (Gaul aaO S. 239) erkannt.
Auch Grunsky, aaO - vgl. Fußn. 190 - meint, daß zumindest Ehescheidungsurteile für und gegen jeden gelten.

Nun wird man auf der anderen Seite nicht leugnen können, daß der deutsche Standesbeamte ebenso wie der deutsche Richter an das Gebot des Artikel 13 EGBGB gebunden sind[200]. Es existieren somit zwei sich widersprechende Befehle, und der Standesbeamte sowie der Richter stehen vor der Frage, welchem Befehl sie nachkommen sollen und müssen.

Den sich aus dieser Situation ergebenden Schwierigkeiten entgeht man nur, wenn man sich mit Neumayer[201] und Süss[202] auf den Standpunkt stellt, die Gestaltungskraft deutscher Urteile reiche nicht weiter als die Geltung der deutschen Rechtsordnung.[203] Neumayer zieht daraus, daß Artikel 13 EGBGB auf das ausländische Recht verweist, den Schluß, deshalb müsse "die Tatbestandswirkung eines inländischen Urteils die durch den Geltungsanspruch der importierten fremden Norm bedingten Einschränkungen erleiden". Die Autorität der richterlichen Entscheidung breche sich an der vom materiellen Recht gezogenen Grenze, nämlich am kollisionsrechtlichen Gebot des Artikel 13 Absatz 1 EGBGB. Daher bestehe auch gar kein Widerspruch zwischen Artikel 13 und der Gestaltungswirkung des deutschen Urteils. - Neumayer mißt Artikel 13 also im Grunde genommen eine mehrfache Bedeutung bei. Nicht nur, daß er Artikel 13 (bzw. dem durch Artikel 13 berufenen ausländischen Recht) gegenüber den an sich entgegenstehenden deutschen Urteilswirkungen den Vorrang einräumt; er erkennt

200) Wobei unterstellt wird, daß auch die Frage nach den Urteilswirkungen nach dem gem.Art. 13 I anzuwendenden ausl.Recht zu beantworten ist.

201) aaO - vgl. Fußn. 24-S. 73 f.

202) aaO - vgl.Fußn. 10 - S. 250

203) Dieser Auffassung haben sich angeschlossen: OLG Celle, Hamm und München aaO - vgl. Fußn. 11; der BGH aaO - vgl.Fußn. 12 - entscheidet ähnlich, formuliert aber vorsichtiger.

Artikel 13 zudem eine Abgrenzungsfunktion zu; d. h. Artikel 13 soll bewirken, daß Urteilswirkungen und ausländisches Recht überhaupt nicht miteinander kollidieren, sondern als zwei völlig getrennte Bereiche nebeneinanderstehen. Da bei dieser Betrachtungsweise von einem Gegensatz zwischen Gestaltungswirkung und ausländischem Recht nicht gesprochen werden kann, wäre es folglich sinnwidrig, dem deutschen Urteil über Artikel 30 EGBGB Geltung zu verschaffen. Eben diese Konsequenz zieht Neumayer dann auch.

Läßt sich nun die Anwendbarkeit der Vorbehaltsklausel - was den Schutz des deutschen Scheidungsurteils angeht - wirklich so einfach ausschalten und ist Artikel 13 Absatz 1 EGBGB insoweit eine echte Abgrenzungsfunktion zuzuerkennen?

Wenn man die Ansicht Neumayers überdenkt, muß man sich über seinen gedanklichen Ausgangspunkt klar sein, daß er die Problematik nämlich aus der Sicht der Teilfragenlösung betrachtet. Wie oben[204] bereits dargelegt, versteht Neumayer die Frage der Scheidungswirkungen nicht als einheitliche kollisionsrechtliche Frage. Vielmehr spaltet er die Wiederverheiratungsfähigkeit von den sonstigen Scheidungswirkungen ab und betrachtet sie als unselbständiges Element der Rechtsfigur Ehefähigkeit, wobei er die Teilfrage mit Hilfe der materiellen Normen derjenigen Rechtsordnung beantwortet, die auch die Hauptfrage beherrscht.[205] Bei dieser Betrachtungsweise mag man den Gedanken erwägen, das deutsche Scheidungsurteil - was die Frage der Wiederverheiratungsfähigkeit angeht - beiseite zu

204) S.35 ff.

205) Daß die Ansicht N. gerade aus diesem Blickwinkel zu verstehen ist, zeigen besonders seine Ausführungen in Fußn. 14

schieben und unberücksichtigt zu lassen, obwohl auch dann erhebliche Bedenken gegen diesen Weg bestehen. Soweit die Rechtsprechung Neumayer gefolgt ist, hat sie diesen Zusammenhang entweder überhaupt nicht oder nur ungenügend kenntlich gemacht. Auch der BGH, der unter Berufung auf Süss[206] die Ansicht vertritt, die deutsche Rechtsprechung erleide dadurch, "daß sich die Autorität des Scheidungsurteils eines deutschen Gerichts an diesen vom materiellen Recht gezogenen Grenzen breche, keinen Prestigeverlust", konnte diesen Weg um so eher gehen, als er das in Artikel 13 Absatz 1 EGBGB enthaltene Verweisungsgebot als Verweisung auf alle Tatumstände auffaßt, die für die Frage der Gültigkeit einer Ehe von Bedeutung sind.

Wie dargelegt, sind die Lösungsversuche Neumayers und des BGH abzulehnen. Die Frage nach den Scheidungswirkungen ist weder als unselbständiges Element der Rechtsfigur Ehefähigkeit anzusehen, noch erstreckt sich die Verweisung des Artikel 13 auf alle Tatumstände, die in Beziehung zu der Frage stehen, ob eine Ehe gültig ist oder nicht. Verläßt man jedoch diese Ausgangsposition, so spricht nichts mehr dafür, Artikel 13 Absatz 1 eine Abgrenzungsfunktion in dem Sinne beizumessen, daß das ausländische Recht mit dem entgegenstehenden deutschen Gestaltungsurteil überhaupt nicht kollidiere und somit auch der Kontrolle des Artikel 30 EGBGB nicht unterliege. Neumayer und der BGH wollen damit, daß sie das ausländische Recht und die Gestaltungswirkung gegeneinander abgrenzen, im Grunde genommen auch nur erreichen, daß

206) aaO - vgl.Fußn. 202

die Anwendung des ausländischen Rechts nicht sofort wieder durch den Einsatz der Vorbehaltsklausel bedeutungslos gemacht wird. Denn Vorrang des ausländischen Rechts heißt nichts weiter, als Nichtbeachtung der Gestaltungswirkung oder Nichtanwendung der deutschen Vorbehaltsklausel, mit der die Gestaltungswirkung möglicherweise durchgesetzt werden kann. Insoweit ist dieses Vorgehen durchaus konsequent. Mit der Abgrenzungstheorie wird somit der Vorrang des ausländischen Rechts nur gesichert. Das eigentliche Anliegen besteht nach wie vor nur darin, das ausländische Recht anzuwenden und der Gestaltungswirkung jedenfalls insoweit nicht Folge zu leisten.

Wer sich nun aber zur Begründung dieses Ergebnisses nur auf Artikel 13 Absatz 1 EGBGB stützt, muß sich entgegenhalten lassen, daß diese Vorschrift soviel nicht herzugeben vermag. Wenn Artikel 13 Absatz 1 nämlich auf ein ausländisches Recht verweist, das die deutsche Scheidung nicht anerkennt oder dem die Scheidung überhaupt fremd ist, so ist damit zunächst doch allenfalls zum Ausdruck gebracht, daß zu dem in Deutschland absolut geltenden Gebot des Gestaltungsurteils ein weiteres Gebot hinzu tritt, das einen entgegengesetzten Inhalt aufweist. Eine Praepoderanz eines der Gebote läßt sich aus der bloßen Existenz der in Artikel 13 EGBGB enthaltenen Verweisung nicht herleiten.

2. Besser fundiert scheint hingegen die Argumentation der Gegenmeinung zu sein, soweit sie den Vorrang des Scheidungsurteils aus den Urteilswirkungen selbst herleitet. Hier ist vor allem der Hinweis auf die Unteilbarkeit der Urteilswirkungen zu nennen.

Diese Meinung wendet sich gegen den Versuch, die Wirkungen des Scheidungsurteiles aufzuteilen, die Ehe also z. B. hinsichtlich der Unterhalts- und Treuepflicht als aufgelöst zu betrachten, eine Wiederheirat jedoch mit dem Hinweis auf die Nichtanerkennung der Scheidung zu versagen.[207] Reichel[208] schreibt hierzu: "Die Rechtskraft besteht oder besteht nicht. Besteht sie ... so gilt sie schlechthin und mit allen ihren Folgen auch hinsichtlich es Bandes ... Es geht nicht an, die Tragweite des Urteils gegenständlich auf gewisse Scheidungsfolgen zu beschränken, hinsichtlich der übrigen aber ihm die Rechtswirkung zu versagen." und er fügt hinzu: "Denn vermöge der Rechtskraft gilt jenes Urteil als zutreffend, nicht nur im Sinne des deutschen, sondern auch im Sinne des vom deutschen Recht bezogenen Heimatrechts." Im gleichen Sinne äußert sich Guggumos[209], indem er eine Aufspaltung der Scheidungsfolgen in eine absolute für den deutschen Teil und eine relative für den ausländischen Teil ablehnt und darauf hinweist, daß durch die Aufspaltung nichts gewonnen wird, da der ausländische Teil nach wie vor in seinem Heimatstaat als verheiratet gilt, in Deutschland aber geschieden ist. Allerdings wird man demgegenüber nicht leugnen können, daß auch durch die Nichtzulassung einer Wiederverheiratung der durch die Scheidung entstandene Konflikt mit dem Heimatrecht zwar nicht beseitigt, durch eine Zulassung der Heirat jedoch vertieft würde. -

207) Vgl. Reichel aaO - vgl. Fußn. 8; dagegen Gamillscheg aaO - vgl. Fußn. 41 -; Marquardt aaO - vgl. Fußn. 97 - ; aus der Rspr. LG Hannover JZ 63, 21; OLG Hamburg OLGE 43, 347

208) aaO - vgl.Fußn. 10 - S. 206

209) aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 4

Auch Nußbaum[210] meint im Grunde genommen nichts anderes, wenn er sagt, durch die deutsche Scheidung sei eine "unantastbare Rechtslage" geschaffen, auch wenn die Scheidung nach dem Heimatrecht unzulässig war.

Bisweilen wird nun gerade aus dem Argument der Unteilbarkeit der Urteilungswirkungen der oben erwähnte[211] Schluß gezogen, aus der deutschen Scheidung folge begriffsnotwendig die Fähigkeit, in Deutschland wieder zu heiraten, wenn nicht andere Hindernisse entgegenstehen als das durch die Scheidung entzweigeschnittene Eheband. Umgekehrt hat man versucht, auch gerade die These von der Unteilbarkeit der Urteilswirkungen mit der daraus folgenden notwendigen Wiederverheiratungsfähigkeit mit dem Hinweis auf das griechische Verbot der vierten Ehe und das frühere österreichische Verbot, einen Geschiedenen zu heiraten, zu widerlegen.[212] Wie oben bereits dargelegt wurde, gehen diese Versuche fehl.
Wenn jedoch schließlich eingewandt wird, die These von der Unteilbarkeit der Urteilswirkungen sei nicht bewiesen und nicht zu beweisen, so ist dies zwar nicht von der Hand zu weisen, man wird sich allerdings fragen müssen, ob es nicht zumindest näher liegt, im Grundsatz von einheitlichen, d. h. nicht aufgespaltenen Urteilswirkungen auszugehen und ob es nicht Aufgabe der Gegenmeinung wäre, das Gegenteil zu beweisen.

3. Indessen läßt sich aus den zuletzt erwähnten Argumenten ersehen, wie festgefahren die Diskussion um die Urteilswirkungen ist. Keine der widerstreitenden Ansichten vermag ganz zu überzeugen, mag auch die These von der Unteilbarkeit

210) aaO - vgl. Fußn. 10 - S. 163
211) S. 58 f.
212) Vgl. Marquardt aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 48

der Urteilswirkungen am ehesten einzuleuchten; denn sie ist als einzige geeignet, nicht bloß die absolute Bindung an das deutsche Urteil zu begründen. Sie enthält darüber hinaus auch eine Aussage gerade über den Vorrang des deutschen Urteils gegenüber dem ebenfalls bestehenden kollisionsrechtlichen Gebot, das entgegenstehende ausländische Recht anzuwenden. Jedoch befriedigt letztlich auch dieser Weg nicht ganz.

Allein aus den Urteilswirkungen läßt sich also kein wirklich überzeugendes Argument für den Vorrang gegenüber dem in Artikel 13 Absatz 1 EGBGB enthaltenen Verweisungsbefehl und dem sich ergebenden Verweisungserfolg entnehmen. Umgekehrt kann man ebensowenig dem von Süss und Neumayer unternommenen Versuch folgen, die "Entscheidungsgewalt des Richters" - gemeint ist wohl die Gestaltungswirkung - als durch Artikel 13 EGBGB eingeschränkt anzusehen.

Beiden Versuchen mangelt es nach Auffassung des Verfassers an einer ausreichenden rechtlichen Grundlage; d. h. aus den geltenden Rechtsnormen lassen sie sich schwerlich begründen. Wer sich auf den Standpunkt stellt, die Entscheidungsgewalt des deutschen Richters breche sich an den vom materiellen Recht gezogenen Grenzen, stützt sich lediglich auf die Geltung eines Gebots, dessen Umfang zwar streitig, dessen Vorhandensein dagegen unzweifelhaft ist. Einer näheren Begründung bedurft hätte gerade die Nichtbefolgung des entgegenstehenden Gebots.

Aber auch der Vorrang des deutschen Scheidungsurteils kann aus dem deutschen Privatverfahrensrecht nicht überzeugend hergeleitet werden. Es ist ohne nähere Begründung unzulässig, die aufgrund des in Artikel 13 Absatz 1 EGBGB enthaltenen Verweisungsbefehls anzuwendenden ausländischen

Rechtsnormen nur deshalb nicht zu beachten, weil ein deutsches Gestaltungsurteil sachlich entgegensteht. Es bleibt daher festzustellen, daß weder die Gestaltungswirkung durch das materielle ausländische Recht eine Einschränkung erleidet, noch die Gestaltungswirkung unmittelbar die Anwendung des materiellen ausländischen Rechts auszuschließen vermag.

E. Damit stünden nun der deutsche Richter und der Standesbeamte weiterhin vor dem Problem, zwei sich widersprechenden Befehlen ausgesetzt zu sein. Wie ist nun aber die notwendige Entscheidung zu finden?

I. Gedanklich bestehen in dieser Situation zwei Möglichkeiten: Man wendet entweder auf die Frage nach den Wirkungen der deutschen Scheidung entgegen der im vorigen Abschnitt vorgenommenen Unterstellung nicht das ausländische Recht an, oder man greift zwar auf das ausländische Recht zurück, korrigiert aber das Ergebnis mit Hilfe der Vorbehaltsklausel. Beide Wege sollen untersucht werden.[213)]

Der erste Weg ist wiederum unter zwei Aspekten denkbar, von denen der eine bereits erörtert worden ist, nämlich die Problematik der Vorfragenanknüpfung. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, wonach die Vorfrage nach den Wirkungen der Scheidung selbständig anzuknüpfen ist, so ergeben sich die Wirkungen des Scheidungsurteils aus dem über Artikel 17 EGBGB anwendbaren Recht. Ausländisches Recht bliebe, soweit es um den deutschen Partner geht, also unbeachtet. Ein Widerspruch zwischen ausländischem Recht und deutschem Scheidungsurteil tauchte daher gar nicht erst auf.

213) Wobei die Erörterung des Art. 30 EGBGB im Zusammenhang mit anderen für den o.p. relevanten Aspekten erfolgt.

Die zweite Lösungsmöglichkeit, bei der das dem deutschen Scheidungsurteil entgegenstehende ausländische Recht unberücksichtigt bleibt, ist erst in neuerer Zeit in den Vordergrund gerückt. Man kann diesen Weg als Lösung mit Hilfe der Grundsätze über die Eigenständigkeit des deutschen internationalen Verfahrensrechts bezeichnen.
Diese Lösung knüpft daran an, daß das ausländische Recht dem deutschen Urteil zumindest einen Teil seiner Wirkung aberkennt, ihm vor allem die Kraft abspricht, das durch die Eheschließung zustande gekommene eheliche Band zu zerschneiden. Damit, so wird von den Anhängern des genannten Lösungsweges argumentiert, erkennt der ausländische Staat das deutsche Urteil jedenfalls in dem Teilbereich der Lösung des Ehebandes nicht an. Diese Nichtanerkennung durch den Heimatstaat des Ausländers sei für uns jedoch unbeachtlich, da die Frage der Anerkennung von Urteilen, jedenfalls nach deutscher Auffassung (§ 328 ZPO), ein Problem des Verfahrensrechts sei und nach deutschem internationalen Verfahrensrecht das ausländische Verfahrensrecht grundsätzlich nicht anzuwenden ist. Das führt dazu, daß der deutsche Richter das deutsche Urteil unbedingt zu beachten hat und es insoweit auf entgegenstehendes ausländisches Recht nicht mehr ankommt.[214)]

Der BGH hat es in seiner Entscheidung vom 12.2.1964[215)] nicht für nötig befunden, diesen Lösungsweg überhaupt zu erwähnen. Dies entspricht dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Bestreben, grundsätzlichen Erörterungen aus dem Wege zu gehen.

214) So vor allem Kegel RabelsZ 1960, 201 ff; Kegel-Lüderitz aaO - vgl. Fußn. 97 -; Dehner aaO - vgl.Fußn. 3 -; Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 102 f; für die Anerkennung der Gestaltungswirkung ausl. Urteile im Rahmen von Rechtsverhältnissen, die nach deutschem IPR einem Recht zugewiesen sind, welches das Gestaltungsurteil nicht anerkennt - vgl. Müller ZZP 79, 166 (228 ff, 235 ff)

215) aaO - vgl. Fußn. 12

Ist diesem Lösungsvorschlag nun zu folgen? - Die erste Feststellung geht dahin, daß der Grundsatz des deutschen internationalen Verfahrensrechts, wonach Gericht und Verwaltungsbehörden regelmäßig nur ihr eigenes Verfahrensrecht anwenden, nicht ernsthaft bestritten wird.[216]
Die Einwände gegen die Anwendung dieses Grundsatzes im vorliegenden Fall gehen denn auch in eine andere Richtung.

III. 1. So wird zum einen geltend gemacht, im vorliegenden Fall gehe es nicht um die Abgrenzung von internationalem Privatrecht und internationalem Verfahrensrecht, sondern es handele sich vielmehr um die Trennung zweier Bereiche des materiellen Rechts, nämlich um das Verhältnis von materiellem ausländischen Recht zur Gestaltungswirkung des deutschen Urteils, wobei diese Meinung davon ausgeht, daß die Gestaltungswirkung rein materieller Natur sei.[217]
Demgegenüber ist zunächst daran zu erinnern, daß die Gestaltungswirkung, sofern man die Bindung an die abstrakt-generelle Anordnung der materiellen Rechtsnorm und die Bindung an den konkret-individuellen Urteilsinhalt überhaupt als einheitliches Institut ansieht, nicht als rein materielles Rechtsinstitut aufgefaßt werden kann. Aber selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß der materiell-rechtliche Gehalt der Gestaltungswirkung überwiegt, darf man sich nicht verleiten lassen, aus der Unterscheidung der Begriffe Rechtskraft und Gestaltungswirkung den Schluß abzuleiten, lediglich soweit es um das prozeßrechtliche Institut der Rechtskraft geht, die Grundsätze von der Eigenständigkeit des Verfahrensrechts Platz greifen zu lassen, was nicht mehr heißen kann,

216) Vgl. Riezler S. 80 ff.; Kegel IPR § 22; Gamillscheg aaO - vgl. Fußn. 41 - S. 24
217) Vgl. Gamillscheg aaO - vgl.Fußn. 41 - und Marquardt aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 48

als daß für den deutschen Bereich die Ehe der Parteien zu Recht geschieden ist.[218] Soweit es dagegen um die Gestaltungswirkung gehe, seien demgegenüber die Grundsätze des internationalen Privatrechts anzuwenden, womit man - wie Marquardt konsequent zu Ende denkt - wieder bei der Vorfragenproblematik wäre. Der Fehler dieses auf den ersten Blick durchaus logischen Vorgehens liegt darin, daß übersehen wird, daß auch bei einem auf materiell-rechtlicher Grundlage ergehenden und mit materiell-rechtlicher Wirkung ausgestatteten Hoheitsakt die Frage, ob dieser Hoheitsakt im Ausland beachtet wird oder nicht, eine Frage der Anerkennung ist und die Regeln, die die Anerkennung fremder Hoheitsakte regeln, Verfahrensregeln sind.[219] Ob man die Gestaltungswirkung als Rechtsinstitut also dem Verfahrensrecht oder dem materiellen Recht zuordnet, ist daher insoweit unerheblich.

2. Darüber hinaus wird jedoch eingewandt, der Lösungsweg über die Grundsätze von der Eigenständigkeit des deutschen Verfahrensrechts könne allenfalls in den Fällen beschritten werden, in denen der Heimatstaat des Ausländers die deutsche Scheidung deshalb nicht anerkennt, weil er für seine Staatsangehörigen die ausschließliche Zuständigkeit in Statussachen in Anspruch nimmt; denn diese Staaten kennen zwar die Scheidung dem Bande nach, versagen aber ausländischen Statusurteilen aus den erwähnten Zuständigkeitserwägungen die Anerkennung. Der Lösungsweg sei jedoch dann nicht gangbar, wenn der Heimatstaat des Ausländers eine Scheidung dem Bande nach überhaupt nicht kenne.[220] Dann nämlich könne man nicht von mangelnder Aner-

218) Welchen Wert soll diese Aussage für die Frage der Wiederverheiratungsfähigkeit haben?

219) Vgl. Kegel-Lüderitz aaO - vgl. Fußn. 97-S. 58

220) Gamillscheg aaO S. 24 und Marquardt aaO S. 49 - vgl. Fu Bn. 217

kennung, sondern nur von schlichter Nichtkenntnis der Scheidung überhaupt sprechen. Die Frage einer Anerkennung stelle sich also gar nicht.

Bei diesem Einwand werden jedoch zwei Bereiche nicht auseinandergehalten, die deutlich zu trennen sind. Nämlich zum einen der Vorgang der Anerkennung selbst und zum anderen die Gründe, aus denen die Anerkennung versagt werden kann. Der Einwand der Gegenmeinung gehört dem zweiten Bereich an, er berührt daher die Richtgkeit des Lösungsweges über die Grundsätze des deutschen internationalen Verfahrensrechts nicht. Man denke zur Verdeutlichung an ein ausländischen Urteil, das den Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung in besonders grobem Maße zuwiderläuft. Wir würden einem solchen Urteil wegen § 328 Absatz 1 Ziffer 4 ZPO keine Beachtung schenken dürfen. Diese Vorschrift griffe auch nicht nur dann ein, wenn uns der Ausspruch des ausländischen Urteils selbst zwar bekannt und an sich nicht zu beanstanden wäre (z. B Verurteilung zur Zahlung von Geld), aber der Anspruchsgrund nach deutscher Auffassung z. B grob sittenwidrig wäre (z. B. vereinbarter Lohn für die Tötung eines Menschen). § 328 Absatz 1 Ziffer 4 ZPO griffe in gleiche Weise ein, wenn der Urteilsausspruch selbst gegen die deutsche Rechts- und Sittenordnung verstieße (z. B Verurteilung zur Tötung selbst). In beiden Fällen würden wir dem Urteil gemäß § 328 Absatz 1 Ziffer 4 ZPO die Anerkennung versagen. Daß diese Vorschrift dem Verfahrensrecht angehört, wird man nicht bestreiten können. Daher läge in beiden Fällen nach deutscher Auffassung eine verfahrensrechtliche Frage vor, unabhängig davon, worauf die Nichtanerkennung des ausländischen Urteils beruht. Der Wortlaut des § 328 ZPO läßt im übrigen klar erkennen, daß die Nichtanerkennung ausländischer Urteile auf verfahrensrechtliche Gründe (z. B. Absatz 1 Ziffer 1, 2) und auf materiell-rechtliche Gründe (z. B Ziffer 4) gestützt werden kann.

3. Somit bleibt festzuhalten, daß auch dieser Einwand der Gegenmeinung nicht durchgreift.

Der Grundsatz, wonach ausländische Anerkennungsregeln vom deutschen Standesbeamten oder Richter nicht zu beachten sind, wird im hier behandelten Fall nicht durchbrochen.
Dem Lösungsweg mit Hilfe der Grundsätze der Eigenständigkeit des deutschen internationalen Verfahrensrechts ist daher zuzustimmen.

I. Für alle, die jedoch anders entscheiden und etwa aus Schutzerwägungen zugunsten des deutschen Partners die Vorfrage unselbständig anknüpfen oder aus sonstigen Gründen die Wiederverheiratung nicht zulassen wollen, erhebt sich die Frage, ob das sich dann ergebende Resultat nicht einer Korrektur bedarf, weil es mit unseren Verfassungsnormen nicht in Einklang zu bringen ist. Oder anders gefragt: Verlangt nicht schon unser Verfassungsrecht, die erneute Eheschliessung des in Deutschland geschiedenen Ausländers zuzulassen?

Hierbei geht es also nicht um das Problem der Verfassungsmäßigkeit unserer Kollisionsnormen selbst, sondern um die Frage, welchen Einfluß unser Verfassungsrecht auf das von unserem IPR berufene ausländische Privatrecht ausübt.[221] Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es der Klärung, in welchem Verhältnis unsere Verfassungsnormen zu dem durch unser IPR für anwendbar erklärten ausländischen materiellen Recht stehen.

II. Zunächst ist jedoch die vorgreifliche Frage zu beantworten, warum der deutsche Richter überhaupt ausländische Redhtssätze anwendet, und ob diesen Normen, wenn sie angewandt werden, Rechtssatzqualität zugesprochen werden muß.[222]

1. Die erste Frage ist dahingehend zu beantworten, daß der deutsche Richter eine ausländische Norm deshalb anwendet weil ihm das deutsche IPR einen entsprechenden Verweisungsbefehl erteilt hat. Die Ansicht, daß das ausländische Recht kraft eigener

221) Zu dem Unterschied vgl. Beitzke GG u. IPR, S. 11, 23 ff; Ferid, Festschr. Dölle, S. 133 ff

222) Oder ob sie - wie vor allem in England und den USA vertreten wird (vgl. die Nachweise bei Ferid, Festschr. Dölle S. 130 und Fußn. 24) - lediglich den Charakter eines Faktums haben.

Macht über den territorial abgegrenzten Hoheitsbereich des Staates, der das Recht gesetzt hat, hinaus Geltung besitzt, ist abzulehnen.[223]

Ebensowenig hat sich die Auffassung durchgesetzt, das fremde Recht habe bei uns die Wirkung eines reinen Faktums. Die Bedenken Ferids[224], auch bei der Anwendung fremden Rechts, das man als Faktum betrachtet, werde die Entscheidung durch Subsumption gewonnen, d. h. durch die Prüfung, ob bestimmte Tatsachen einen bestimmten Obersatz ausfüllen, überzeugen. Denn schwerlich lassen sich Tatsachen nur unter bloße Tatsachen subsumieren. Ferid verweist zudem zu Recht auf die Forderung des Völkerrechts, die Normen anderer Länder eben als Recht und nicht als bloßes Faktum anzuerkennen.

2. Am einfachsten ließe sich die weitere Frage nach dem Verhältnis von materiellem ausländischen Recht und deutschem Verfassungsrecht beantworten, wenn man sich auf den Standpunkt stellte, die ausländischen Normen würden durch den in unserem IPR enthaltenen Verweisungsbefehl deutsches Recht, sie würden somit inkorporiert, sei es, daß man es so ansieht, als werde das ausländische Recht materiell rezipiert, sei es, daß man es nur formell als Bestandteil unserer Rechtsordnung versteht, im übrigen aber den Sinnzusammenhang mit den sonstigen Normen des Ursprungslandes berücksichtigt.[225] Wollte man diesem Weg folgen, so wäre das ausländische Privatrecht, soweit es unser IPR für anwendbar erklärte, Bestandteil unserer Rechtsordnung und unterläge damit in vollem Umfange den Anforderungen unserer Verfassungsnormen.[226]

223) So zutreffend Ferid aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 130 mwN

224) aaO - vgl. Fußn. 221

225) Vgl. Ferid aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 131 mwN

226) Vgl. Stöcker, JR 65, 457; zweifelnd Bernstein, NJW 65, 2274

Dieser Ansicht ist jedoch mit Recht entgegengehalten worden, daß es einen Unterschied macht, ob der deutsche Richter in einem Einzelfall einen ausländischen Rechtssatz heranzieht und insoweit mit Rücksicht auf den deutschen Verweisungsbefehl dasjenige Recht sein lassen muß, was der ausländische Staat bei gleichem Sachverhalt Recht sein lassen will, - unabhängig davon, ob die deutsche Rechtsordnung diesen Rechtssatz billigt oder nicht - oder ob man eine ausländische Norm als eigenen Rechtssatz auffaßt und sich dann mit seinem materiellen Gehalt identifiziert.[227] Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß man eine ausländische Norm durch die Trennung von dem Rechtssystem, in das sie gehört und in das sie bewußt in ihrer konkreten Ausgestaltung hineingestellt worden ist, aus dem Zusammenhang nimmt und denaturiert[228]; ein Ergebnis, das sich auch durch die Annahme einer bloß formellen Rezeption nur unwesentlich ändert.

Zuzustimmen ist vielmehr der Auffassung, daß die aufgrund der deutschen Kollisionsnormen anwendbaren ausländischen Rechtssätze zwar vom deutschen Richter angewandt werden, aber in vollem Umfang fremdrechtlicher Herkunft bleiben und damit ihren fremdrechtlichen Charakter behalten. Die deutsche Verweisungsnorm bewirkt also lediglich zweierlei: Einmal verbietet sie dem deutschen Richter, auf einen bestimmten Sachverhalt die an sich eingreifende deutsche Norm anzuwenden, zum anderen gebietet sie, eine den zu beurteilenden Fall treffende ausländische Norm heranzuziehen.[229]

Raape[230] verdeutlicht dieses Ergebnis, wenn er sagt, daß die Anwendung einer fremden Sachnorm ebenso wie die Anwendung einer

227) Vgl. Dölle, Festschr. Raape, S. 152; Ferid aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 131 dort Fußn. 31

228) a.A. Stöcker aaO - vgl. Fußn. 226 - S. 458

229) Vgl. Ferid aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 132

230) IPR, S. 4

inländischen Sachnorm zur Feststellung oder Anerkennung der Kraft ihrer eingetretenen Wirkungen führt.

I. Ist dieses Ergebnis festgestellt, so fragt sich weiter, ob das ausländische Recht den Anforderungen unserer Verfassung genügen muß, ob der deutsche Richter also auch einen solchen ausländischen Rechtssatz anwenden darf, den der deutsche Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht hätte erlassen dürfen.

1. Von Bedeutung wird die Frage vor allem insoweit, als ein Widerspruch zwischen dem ausländischen materiellen Recht und dem im Grundgesetz normierten Grundrechten auftaucht.

Die Schwierigkeit liegt - wie Beitzke[231] zutreffend ausführt - darin, daß das Grundgesetz seinen Geltungsbereich nicht selbst bestimmt hat, daß es also gewissermaßen kein deutsches internationales Verfassungsrecht gibt.[232]

2. a. Der BGH hat zu diesem Fragenkreis in zwei Entscheidungen Stellung genommen.[233]
In der ersten Entscheidung hat er sich auf den Standpunkt gestellt, daß dann, "wenn die Wirkungen einer Rechtshandlung über den Geltungsbereich des Grundgesetzes hinausgehen, dessen Grundsätze - wie z. B. das Recht auf Eheschließung ..., nicht entgegen dem ausländischen Recht zur Anwendung kommen". Diese Formel ist erheblicher Kritik begegnet.[234]
Sie widerspricht außerdem der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts, daß die Grundrechte die deutsche öffentliche Gewalt

231) aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 34

232) S.a. Bernstein aaO - vgl. Fußn. 226 - S. 2275

233) aaO - vgl. Fußn. 12 - und NJW 64, 2013

234) Vgl. vor allem die zutreffenden Bedenken von Neuhaus (FamRZ 64, 609); Wengler (JZ 64, 621)

auch dann binden, wenn Wirkungen ihrer Betätigung im Ausland eintreten.[235] In derselben Entscheidung hat sich der BGH zur Frage der Abgrenzung der Geltung unseres Verfassungsrechts zudem auf den Standpunkt gestellt, das Grundrecht auf Freiheit der Eheschließung könne nur "im Rahmen der Gesetze, zu denen auch die von unserem Kollisionsrecht bezeichnete fremde Rechtsordnung gehört, ausgeübt werden".

Auch dieser letzte Entscheidungssatz ist zumindest unglücklich formuliert. Meint der BGH wirklich, auch die ausländische materielle Rechtsnorm habe die Wirkung eines grundrechtseinschränkenden Gesetzes? Diese Annahme dürfte kaum zu halten sein, wie noch zu zeigen sein wird.[236]

In seiner zweiten Entscheidung zu dem Problemkreis Grundgesetz und ausländisches materielles Recht[237] hat sich der BGH dann auch mit Erfolg um eine klarere Aussage zu diesem Problem bemüht. Er hat sich unter Berufung auf Ferid[238], Beitzke[239] und Kegel[240] nunmehr auf den Standpunkt gestellt, daß unsere Kollisionsnormen, "wenn sie auch im Range unter dem Verfassungsrecht stehen, die räumliche und persönliche Reichweite des Verfassungsrechts abgrenzen". - Der BGH will die Grundrechtsgel-

235) BVerfGE 6, 295

236) Die Entscheidung leidet darüber hinaus darunter, daß in ihr eine mögliche (und auch kurz behandelte) Verfassungswidrigkeit der Kollisionsnormen selbst einerseits und des anzuwendenden ausl. materiellen Rechts nicht klar genug unterschieden wird. Vgl. z.B. die Entscheidungssätze: "Zu prüfen ist weiterhin, ob die nach Art. 13 Abs. 1 EGBGB gebotene Anwendung spanischen Rechts in Widerspruch zu den Bestimmungen des GG (Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 Art. 19 Abs. 2 GG) steht und ob nicht mit Rücksicht auf die Bestimmungen des GG die Vorschrift des Art. 13 Abs. 1 EGBGB anders auszulegen ist". An anderer Stelle sagt der BGH: " Zwar ist auch das deutsche internationale Privatrecht den Grundsätzen des GG unterworfen. Eine Verletzung dieser Grundsätze liegt aber nicht schon dann vor, wenn das deutsche IPR bei Sachverhalten mit Auslandsberührung auf die ausländische Rechtsordnung verweist und wenn diese Rechtsordnung andere oder gar strengere Vorschriften, z.B. über die Eingebung der Ehe ... enthält."

237) NJW 64, 2013

238) aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 119 und FamRZ 63, 59

239) aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 34

240) Soergel-Kegel, vor Art. 13 Anm. 10

tung in dieser Entscheidung also nicht mehr daran scheitern lassen, daß die ausländischen Sachnormen das grundgesetzlich verbürgte Recht auf Eheschließung einschränken und auch nicht deshalb ablehnen, weil die Wirkungen der Rechtshandlung Eheschließung über den Geltungsbereich des Grundgesetzes hinausgehen, sondern er meint, unser IPR grenze nicht nur ausländisches Privatrecht von deutschem materiellen Privatrecht, sondern auch den Geltungsbereich unserer Verfassungsnormen von dem Bereich ab, in dem wir ausländisches Recht anzuwenden haben. "Verfassungsnormen setzen" - so sagt der BGH - "soweit sie sich auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse beziehen, die Anwendbarkeit des deutschen Privatrechts voraus."

c. Soll man nun dem BGH hierin folgen? Oder greifen die gegenüber seiner These vorgetragenen[241] Bedenken durch, daß der räumliche und persönliche Anwendungsbereich einer Verfassungsnorm sachnotwendig im Verfassungsrecht selbst bestimmt werden muß? Zudem fragt es sich, ob nicht aus Artikel 1 Absatz 3 GG eine absolute Bindung des deutschen Richters an die Grundrechte in der Weise herzuleiten ist, daß demgegenüber das materielle ausländische Recht zurücktreten muß[242], und ob nicht die Anwendung eines Grundrechts auf Freiheit zur rechtsgeschäftlichen Begründung eines bestimmten Rechtsverhältnisses dazu nötigt, die Entstehung eines solchen Rechtsverhältnisses mit einer auf die Rechtsordnung des Forumstaates beschränkten Wirkung zu ermöglichen.[243]

241) Vgl. Wengler JZ 65, 100 (102); Bernstein aaO - vgl. Fußn. 226 - S. 2274 f.; Stöcker, JR 65, 457

242) Vgl. Blanke aaO - vgl. Fußn. 97 -; Bernstein - Vgl. Fußn. 226

243) Wengler aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 622

IV. Diese Fragen setzen jedoch bereits die Anwendung des deutschen Verfassungsrechts voraus. Ausgangspunkt der Untersuchung muß hingegen gerade die Frage sein, ob und gegebenenfalls wie das ausländische Recht überhaupt an der Elle unserer Verfassung zu messen ist, ob das ausländische Recht also in gleichem oder ähnlichem Umfang wie deutsches Recht den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechen muß.[244]

Eine solche Fragestellung knüpft eindeutig an den abstrakt-generellen Inhalt der anzuwendenden ausländischen Norm an und mißt diesen Inhalt an unserer Verfassung. Dürfen wir aber überhaupt so vorgehen?

1. Um die Frage beantworten und eine Aussage über das Verhältnis von ausländischem materiellen Recht zum Grundgesetz treffen zu können, ist es sinnvoll, sich die Funktion der Grundrechte zu vergegenwärtigen. Es ist zum einen wesentlich, welchen Geltungsbereich sie haben, und zudem, mit welchen Mitteln ihre Beachtung gewährleistet und ihre Durchsetzung gesichert ist.

Die erste Frage nach der Geltung der Grundrechte beantwortet sich nach Artikel 1 Absatz 3 GG, der die Bindung des Gesetzgebers, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht normiert.[245]

Die Grundrechte richten sich somit einmal gegen die gesetzgebenden Körperschaften und verbieten ihnen, Gesetze zu erlassen, die mit den Grundrechten nicht in Einklang zu bringen sind.

Darüber hinaus grenzen die Grundrechte die Tätigkeit der Exekutive, und zwar in der Eingriffs- und Leistungsverwaltung ein und sind als absoluter Wertmaßstab, insbesondere auch bei der Rechtssetzungstätigkeit der vollziehenden Gewalt zu beachten.

244) Sonnenberger, Diss., S. 118/119

245) Vgl. zum folgenden Maunz-Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3, Rz. 100 ff.

Schließlich sind aber auch alle Organe der staatlichen Gerichtsbarkeit an die Grundrechte gebunden, und zwar betrifft die Grundrechtsbindung zum einen die Art und Weise der Ausübung der Rechtsprechungstätigkeit. Darüber hinaus besteht eine Bindung hinsichtlich des Inhalts der richterlichen Entscheidung. Diese Grundrechtsbindung folgt, soweit der Richter über hoheitliches Handeln zu entscheiden hat, unmittelbar aus Artikel 1 Absatz 3 GG; soweit der Richter über zivilrechtliche Rechtsverhältnisse befindet, besteht eine Bindung in dem Maße, wie die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse selbst wieder dem Einfluß der Grundrechte ausgesetzt sind.[246)]

2. Wie steht es nun mit der Prüfungskompetenz all derer, die an die Grundrechte gebunden sind, also der Befugnis, die Vereinbarkeit einer Rechtsnorm mit dem Grundgesetz zu überprüfen und gegebenenfalls Konsequenzen aus einer angenommenen Verfassungswidrigkeit zu ziehen?
Die Befugnis des Gesetzgebers, Rechtsnormen, die er für verfassungswidrig hält, auch vor einer Entscheidung des BVerfG aufzuheben oder durch ein anderes Gesetz zu ersetzen, steht völlig außer Zweifel. Auch der vollziehenden Gewalt steht nach herrschender und zutreffender Ansicht eine Prüfungskompetenz zu.[247)] Die Prüfungskompetenz der Gerichte schließlich besteht allgemein.[248)]

246) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 1 GG, Rz. 119 ff

247) Vgl. BVerfG 12, 186; Maunz-Dürig Art. 20 Rz. 66; Hall DöV 65, 259; Wolff, VerwR I, § 30 Ib Bachof AöR 87, 1 ff.; Hamann NJW 59, 1465; Hoffmann JZ 61, 193;

248) Auch im Fall des Art. 100 GG müssen die Gerichte sich zunächst eine eigene Meinung hinsichtlich der Vereinbarkeit von formellen und nachkonstitutionellen Gesetzen mit der Verfassung bilden. Es ist ihnen nur untersagt, die betr. Normen als verfassungswidrig zu verwerfen. Somit liegt nur eine Einschränkung der Verwerfungskompetenz vor.

Hieraus ergibt sich, daß eine allgemeine Prüfungskompetenz der Stellen gegeben ist, die an die Grundrechte gebunden sind.

3. In welchem Umfang besteht nun die Befugnis, Konsequenzen aus einer angenommenen Verfassungswidrigkeit ziehen zu dürfen?

Daß der Gesetzgeber ein als verfassungswidrig erkanntes Gesetz aufheben, ändern oder ersetzen kann, wurde bereits erwähnt. Auch der Exekutive wird von der h.M. zumindest eine sogenannte Aussetzungsbefugnis eingeräumt, weil es sinnwidrig wäre, wenn ein Verwaltungsbeamter aus einer angenommenen Verfassungswidrigkeit nicht wenigstens die Konsequenz ziehen dürfte, das Verwaltungsverfahren auszusetzen.[249] Das Recht, die Anwendung eines als verfassungswidrig erkannten Gesetzes abzulehnen, haben auch die Gerichte, auch wenn sie - soweit es um formelles nachkonstitutionelles Recht geht - ihre Entscheidung zunächst nur aussetzen können und dürfen.[250]

All dies spricht nun allerdings, wie zuzugeben ist, zunächst eher dafür als dagegen, dem Standesbeamten, dem OLG Präsidenten

249) Vgl. Bachof aaO S. 15, Hall aaO S. 262 - beide vgl. Fußn. 247 -. Dieser Grundsatz gilt uneingeschränkt für die Verwaltungsspitzen (vgl. BVerfG 12, 186). Aber auch die nachgeordneten Behörden haben ihre Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes geltend zu machen, sie müssen allerdings die Weisungen der vorgesetzten Behörde in den Grenzen der § 38 II BRRG, 46 II BBG (Begehung einer Straftat oder Verletzung der Menschenwürde) ausführen. - Ob der Exekutive auch eine Verwerfungskompetenz zusteht, ist sehr umstritten (dafür: Bachof aaO, Michel NJW 60, 841; Haman aaO; Arndt DÖV 59, 81; dagegen: Maunz-Dürig aaO; Wolff aaO; Hall aaO; Hoffmann aaO - vgl. Fußn. 247). Selbst wenn man ihr jedoch eine Verwerfungskompetenz einräumen wollte, so ergäbe sich daraus doch nur die Befugnis, die Anwendung eines als verfassungswidrig angesehenen Gesetzes abzulehnen.

250) Vgl. Art. 100 Abs. 1 GG, s. u. Fußn. 252

und einem deutschen Gericht auch die Prüfung zu überlassen, ob das gemäß Artikel 13 EGBGB von ihnen zu beachtende ausländische Recht in seiner abstrakt-generellen Ausgestaltung der deutschen Verfassung, insbesondere den in ihr enthaltenen Grundrechtsnormen entspricht.
Entscheidend gegen diese Annahme spricht jedoch, daß weder die Entscheidung der Gerichte, noch die der Exekutive etwas Endgültiges über die Frage der Verfassungswidrigkeit aussagt, sondern daß erst das BVerfG als einzige Instanz befugt ist, die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm bindend festzustellen.[251] Und zwar unterliegt letztlich die Rechtsanwendung durch die Gerichte und die vollziehende Gewalt in vollem Umfange der Kontrolle auf die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, wenn die einzelnen Kontrollverfahren auch unterschiedlich ausgestaltet sind.[252]

251) Vgl. hierzu § 13 Nr. 6, 11 und §§ 78, 80 Abs. 1 BVerfGG; s. a. Maunz-Dürig Art. 100 Rz. 4

252) Die Gerichte sind gem. Art. 100 GG i. V. m. § 13 Ziffer 11 BVerfGG nur dann in ihrer Verwerfungsbefugnis eingeschränkt und verpflichtet, die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes dem BVerfG vorzulegen, wenn es sich bei der zweifelhaften Norm um formelles nachkonstitutionelles Recht handelt, wenn es zudem bei der Entscheidung auf dieses Gesetz ankommt und das Gericht von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes überzeugt ist. Soweit die genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, kann das BVerfG also nicht über Art. 100 GG zu einer Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes kommen. Diese Einschränkung der Verwerfungskompetenz gilt jedoch nicht für die abstrakte Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 GG i. V. m. §§ 13 Ziffer 6, 76 BVerfGG. Denn im Wege der abstrakten Normenkontrolle sind alle Rechtsvorschriften nachprüfbar, mögen sie Gesetze im formellen oder materiellen Sinne, vor- oder nachkonstitutionell sein (zur Antragsberechtigung vgl. Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 GG i. V. m. §§ 13 Ziffer 6, 76 BVerfGG). Von dieser umfassenden Regelung der abstrakten Normenkontrolle wird u.a. auch der Fall erfaßt, daß ein Standesbeamter Zweifel über die Vereinbarkeit einer Rechtsnorm mit dem GG hat. Er darf dann zumindest das Verfahren aussetzen und ist berechtigt und verpflichtet, seine Zweifel der vorgesetzten Behörde, letztlich dem zuständigen Minister, vorzutragen, der dann einen Antrag auf abstrakte Normenkontrolle erwirken kann (vgl. zu diesen Fragen Maunz-Dürig, Art. 20 Rz. 66 unter dd).- Die Verfassungsbeschwerde schließlich gewährt einen umfassenden Rechtsschutz gegen Hoheitsakte aller Art (vgl. § 90 BVerfGG). Näheres zu den im Zusammenhang mit der VB auftauchenden Fragen s. u. S. 111 ff.

Der abstrakten und konkreten Normenkontrolle sowie der Verfassungsbeschwerde - soweit mit letzter die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm geltend gemacht wird[253] - ist jedoch gemeinsam, daß sie sich nur auf die Kontrolle deutschen Rechts beziehen, weil nichtdeutsches Recht außerhalb der Normenhierarchie steht, die das BVerfG zu wahren hat.[254] Denn für die abstrakt-generelle Ausgestaltung der von unserem IPR berufenen ausländischen Rechtssätze tragen wir, auch wenn wir sie im Inland anwenden wollen, keine Verantwortung. Darüber hinaus aber läge eine Anmaßung darin, daß wir einen Rechtssatz prüfen wollten, der unter einer fremden Rechts- und Wertordnung zustande gekommen ist, innerhalb der er einen u. U. sehr sachgemäßen und notwendigen Platz einnimmt. Über solche Rechtssetzungsakte nichtdeutscher Gewalt fehlt deutschen Organen somit grundsätzlich die Jurisdiktionsgewalt.[255]

Dieses allgemeine Prinzip gilt aber nicht nur für die Rechtsprechung des BVerfG, sondern muß in gleichem Umfang auch für die anderen Gerichte sowie für die Verwaltung Gültigkeit besitzen. Anders zu entscheiden, d.h. dem deutschen Richter oder etwa dem Standesbeamten zu gestatten, eine ausländische Norm in ihrer abstrakt-generellen Ausgestaltung als "verfassungswidrig" zu bezeichnen hieße doch, eine Entscheidungsbe-

253) Nach ständiger Rechtsprechung ist eine VB gegen Rechtsnormen dann zulässig, wenn der Beschwerdeführer durch die Rechtsnorm selbst gegenwärtig und unmittelbar in Grundrechten verletzt wird, vgl. BVerfG 1, 97 (269); 6, 128 (277, 295); 18, 11

254) Vgl. z. B. Bonner Kommentar, Art. 100 Rz. 78 ff.

255) BVerfG 1, 10 f; Maunz-Dürig, Art. 100 Rz. 11 aaN

fugnis über einen Verfassungsverstoß einzuräumen, der insoweit durch das BVerfG nicht nachprüfbar wäre.[256] Diese Erwägungen zeigen, wie verfehlt es ist, einen aufgrund unseres IPR anwendbaren ausländischen Rechtssatz abstrakt an unserer Verfassung zu messen. Der Weg ist daher nicht gangbar.[257]

V. Wenn wir nun den ausländischen Rechtssatz nicht abstrakt als "verfassungswidrig" verwerfen dürfen, so verbietet es sich erst recht, ihn so zu behandeln, als sei er als grundrechtseinschränkendes Gesetz zu verstehen.
Wie oben bereits erwähnt[258], hat der BGH allerdings in der Entscheidung vom 12.2.1964 eine Wendung gebraucht, aus der man schließen könnte, er vertrete eben diese Meinung: "Das Grundrecht auf Freiheit der Eheschließung kann nur im Rahmen der Gesetze, zu denen auch die von unseren Kollisionsnormen bezeichnete fremde Rechtsordnung gehört, ausgeübt werden."
Wollte man diesen Weg nun wirklich beschreiten und der ausländischen Norm die Bedeutung eines grundrechtseinschränkenden Gesetzes zugestehen, so täte man im Ergebnis das, was oben bereits angelehnt worden ist. Das hieße zunächst: Man überließe dem ausländischen Rechtssatz die Ausgestaltung unserer Grundrechtsnormen.[259] Grundrechtseinschränkende und -ausge-

256) Klarstellend ist anzumerken, daß es hier nur um die Frage der Überprüfung und Verwerfung der Rechtsnorm selbst geht. Zur Frage, ob und wie ein Hoheitsakt, der auf der Anwendung dieser Rechtsnormen beruht, im Wege der VB auf einen Grundrechtsverstoß überprüft werden kann, s. u. S. 106f, 114f..

257) Bernstein, aaO - vgl. Fußn. 226 - hält ein solches Beginnen für "wahrhaft töricht".

258) S. 89

259) Vgl. hierzu die kritische Bemerkung von Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 107, der hierin eine Entwertung des Grundrechts auf Eheschließung sieht.

staltende Gesetze sind jedoch nach ganz herrschender und zutreffender Ansicht in ihrer Bedeutung immer im Lichte des Grundrechts zu sehen, dessen Geltung sie einschränken bzw. näher regeln.[260] Diesen unschönen aber richtigen "Zirkelschluß"[261] müßte man auch dann vollziehen, wenn man dem durch unser IPR berufenen ausländischen Rechtssatz die Bedeutung einer grundrechtseinschränkenden Norm beimäße.[262] Damit wäre der ausländische Rechtssatz als solcher aber wiederum in seiner abstrakten Ausgestaltung aus dem Gesichtswinkel des Grundgesetzes zu sehen. In ihn würden Wertentscheidungen hineinprojeziert, die ihm möglicherweise völlig fremd sind, und er wird in einen Sinn- und Systemzusammenhang gestellt, in den er nicht gehört. Bedenkt man, daß nicht einmal die Anhänger der Lehre von der formellen Rezeption die von unserem IPR berufene ausländische Rechtsnorm - soweit es um ihre Auslegung geht - aus dem Sinnzusammenhang, in den sie gehört, nämlich ihrer Ursprungsrechtsordnung, herauslösen, so wird deutlich, wie weit man hier ginge. Wir wären in vielen Fällen zudem gar nicht in der Lage, eine Wechselbeziehung zwischen der ausländischen Norm und dem eingeschränkten Grundrecht anzunehmen, sondern müßten schlechthin entweder der ausländischen Norm oder dem Grundrecht den Vorzug einräumen. Auch deshalb ist eine solche Lösung abzulehnen.

260) BVerfG 7, 198 ff. (Lüth-Urteil); Maunz-Dürig, Art. 5, Rz. 248 ff.; Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 107 dort Fußn. 82

261) Vgl. insbesondere Maunz-Dürig, Art. 5 Rz. 254

262) So Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23: "Für ausländisches Recht gilt dem Grundsatz nach dasselbe."

VI. Da somit die Normen des materiellen ausländischen Rechts weder abstrakt an der deutschen Verfassung zu messen sind, noch ihnen die Wirkung eines grundrechtseinschränkenden oder -ausschließenden Gesetzes beizumessen ist, stellt sich die Frage, in welcher Weise sonst eine Einwirkung unserer Verfassung denkbar ist.

1. Die Kritiker des BGH wollen zum Teil die ausländische Norm auch nicht unbedingt in ihrer abstrakten Ausgestaltung am deutschen Verfassungsrecht messen[263], sondern sie befürworten eine Art verfassungskonformer Steuerung bei der Anwendung der ausländischen Rechtssätze. Sie gehen aber offenbar davon aus, daß Verfassungsrecht und materielles ausländisches Recht unmittelbar miteinander in Berührung kommen, d. h. also nicht in trennender Weise gegeneinander abgegrenzt sind. Gerade hierin scheint mir der wesentlichste Unterschied zu der vom BGH vertretenen Auffassung zu liegen.
Wie soll man sich eine verfassungskonforme Steuerung bei der Anwendung ausländischer Rechtssätze vorstellen? Soll man, ähnlich wie wir es von den deutschen Gerichten und Verwaltungsbehörden bei der Anwendung deutschen Rechts verlangen, auch die ausländischen Rechte zumindest "verfassungskonform" auslegen? In diese Richtung scheint Dieckmann[264] zu tendieren. Oder soll man gar eine Art Drittwirkung der Grundrechte auf die ausländische Norm fordern?
Gegen dieses Vorgehen sprechen u. a. die bereits erwähnten Bedenken, einen ausländischen Rechtssatz "durch die Brille"

263) Vgl. z. B. Wengler aaO - vgl. Fußn. 241 - S. 101 f.; Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 107 f.

264) aaO - vgl. Fußn. 260. D. fordert eine "verfassungstreue Rechtsanwendung". Er legt sich allerdings letztlich in der Frage, wie dies zu geschehen hat, nicht fest.

unserer Verfassung zu lesen und ihn so u. U zu denaturieren. Wir würden auch von dem von uns an sich beschrittenen Weg abweichen, das ausländische Recht, so wie es ist, zunächst anzuwenden und allenfalls das Ergebnis wegen eines Verstoßes gegen den deutschen ordre-public zu korrigieren. Den ausländischen Rechtssatz verfassungskonform auszulegen hieße doch, ihn den Grundentscheidungen unserer Verfassung entsprechend "einzufärben".

2. Vielmehr scheint die Erkenntnis richtig, daß weder unsere Verfassung unmittelbar auf die von unserem IPR für anwendbar erklärten ausländischen Normen einwirkt, noch diese unsere Verfassung einzuschränken oder gar auszuschalten vermögen, daß also deutsches Verfassungsrecht und ausländisches materielles Recht unmittelbar nicht miteinander kollidieren. Beide Bereiche sind vielmehr gegeneinander abgegrenzt. Unmittelbaren Einfluß auf eine Rechtsnorm - sei es in der Weise, daß eine Rechtsnorm wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben wird, sei es, daß sie verfassungskonform ausgelegt wird - kann unsere Verfassung daher nur ausüben, soweit es um deutsches Recht geht. Dieses Ergebnis wird zum Teil auch so gefaßt, daß man sagt: "Unser IPR grenzt den Geltungsbereich des Grundgesetzes ab."

Indessen ist diese Betrachtung schief. Richtiger ist: Die Anwendung unserer Verfassung setzt die Geltung des deutschen Privatrechts voraus[265], und wann in Fällen mit Auslandsberührung deutsches Privatrecht anwendbar ist, bestimmt das deutsche IPR. Unser Kollisionsrecht grenzt also den Geltungsbereich des Grundgesetzes allenfalls mittelbar ab.

265) Vgl. Ferid aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 143

Dem BGH und der herrschenden Meinung[266] ist daher insoweit zumindest im Ergebnis zuzustimmen, wenn auch mit der wichtigen Einschränkung, daß die These nur insoweit gilt, als es um den Einfluß von Verfassungsnormen geht, der zur Aufhebung einer Rechtsnorm sowie zu einer verfassungskonformen Auslegung dieser Rechtsnorm führt.

3. Bisweilen ist nun der Versuch unternommen worden, das Problem der Grundrechtsanwendung in Fällen mit Auslandsbrührung mit Hilfe der Unterscheidung der Begriffe Menschenrecht - Bürgerrecht oder Menschenrecht - Deutschen-Recht - Bundesrepublikanerrecht zu lösen. Läßt sich aus dieser Unterscheidung insbesondere eine Aussage darüber herleiten, wann in einem Fall mit Auslandsberührung unser Verfassungsrecht zur Geltung zu bringen ist oder nicht?[267]

Grundsätzlich wird man die Frage verneinen müssen. Der Begriff Menschenrecht (als Gegensatz zu dem Begriff Bürgerrecht verstanden) besagt doch nur, daß ein Ausländer (oder auch ein Staatenloser) die gleiche grundrechtlich gesicherte Rechtsposition haben soll, wie sie ein Deutscher innehat. Wenn sich also ein Deutscher gegenüber der Staatsgewalt auf eine Grundrechtsnorm als Abwehrrecht berufen kann, so soll, falls diese Grundrechtsnorm Menschenrechtsqualität hat, dem Ausländer die gleiche Befugnis zustehen. Greift der Staat in eine durch ein Menschenrecht gesicherte Position ein, so soll auch der Ausländer selbständig eine Grundrechtsverletzung geltend machen können.

266) Ferid aaO; Beitzke aaO S. 34 f. - vgl. Fußn. 221 - ; Gamillscheg Festschr. Nipperdey S. 327

267) Vgl. hierzu Beitzke aaO S. 34; Ferid aaO S. 144 - vgl. Fußn. 221; Wengler aaO - vgl. Fußn. 241 - S. 101 dort Fußn. 4 ; BGH FamRz 54,110

Wendet sich nun ein Ausländer gegen ein staatliches Handeln, gleich welcher Art, so wird sein Hinweis auf die grundrechtlich gesicherte Position dann Erfolg haben können, wenn dieses staatliche Handeln überhaupt deutschem Verfassungsrecht unterworfen ist.
Für den Bereich des IPR heißt das zunächst: Ist auf einen Fall deutsches Recht anwendbar, so hat das Gericht dieses Recht unmittelbar auf seine Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu überprüfen und unter Berücksichtigung der Wertentscheidungen des auch den Ausländer schützenden Grundrechts auszulegen, auch wenn von der Entscheidung nur der Ausländer betroffen wird. Soweit der Fall jedoch deutschem Recht entzogen ist, verliert die Unterscheidung Menschenrecht - Bürgerrecht die Bedeutung. Dann nämlich ist eine Gleichstellung des Ausländers mit dem Deutschen nicht mehr möglich, unsere Verfassung kann sie nicht mehr fordern, da sie nicht in die von einem fremden Recht vorgenommene Ausgestaltung der Rechtsstellung seines Staatsangehörigen in der Weise hineinreden kann, daß sie Normen dieser Rechtsordnung abstrakt als "verfassungswidrig" bezeichnen kann. Auch für die Bedeutung der Unterscheidung Menschenrecht - Bürgerrecht hat daher unser IPR eine Abgrenzungsfunktion.

Ist ausländisches Recht anwendbar, dann besteht die einzige aber wichtige Verbindung des Ausländers zu der deutschen Staatsgewalt allerdings noch darin, daß ein deutsches Gericht über den Fall entscheidet.
Untersteht somit das Rechtsverhältnis selbst nicht mehr dem Grundgesetz, so bleibt nur die Bindung des deutschen Richters, der mit seinem Urteil nicht Rechtsfolgen feststellen darf, die in grober Weise unsererRechts- und Sittenordnung widersprechen. Hier allerdings gibt die Unterscheidung Menschenrecht - Bürgerrecht ein Indiz für den Geltungswillen des betreffenden Grundrechts.

Nur hier können unsere Verfassungsnormen auf das Ergebnis einwirken und - wenn man so will - auch die Rechtsstellung des Ausländers mittelbar beeinflussen. Dann aber nicht so sehr, weil bestimmte Grundrechte Menschenrechtscharakter haben, sondern weil der deutsche Richter als Organ der Rechtspflege die Wertentscheidung des Grundgesetzes nicht mit Füßen treten darf.

VII. 1. Daß weder der Standesbeamte, noch ein deutsches Gericht bei seiner Entscheidung nicht ausschließlich auf die anwendbaren ausländischen Rechtssätze zu sehen haben, weil sie der in Artikel 1 Absatz 3 GG angeordneten absoluten Bindung an die Grundrechte unterliegen, ist nun nicht zu verkennen. Hierüber ist man sich einig. Wie aber kann den Grundrechten Geltung verschafft werden?
Um eine Antwort auf die Frage geben zu können, muß man sich den Weg veranschaulichen, auf dem der deutsche Richter (oder der Standesbeamte) zur Anwendung des ausländischen Rechts gelangt: Er findet einen bestimmten Sachverhalt mit Auslandsberührung vor und subsumiert einen Teil dieses Sachverhaltes - soweit es zur Auffindung der richtigen Anknüpfung erforderlich ist - zunächst unter eine deutsche Kollisionsnorm und findet so das anwendbare ausländische materielle Recht, das er dann schließlich auf den Sachverhalt anwendet und dem er die gesuchte Rechtsfolge entnimmt.

2. Aus den oben angeführten Überlegungen hat sich nun ergeben, daß eine unmittelbare Einwirkung unserer Grundrechte auf das ausländische Recht nicht angenommen werden kann. Will man unserer Verfassung Geltung verschaffen, so stellt sich als nächstes die Frage, ob dies nicht auf dem Weg über unser IPR geschehen kann.

a. Einen Lösungsversuch in diese Richtung unternimmt Sonnenberger.[268] Sonnenberger, der gerade das Verhältnis unseres Grundgesetzes zu den Kollisionsnormen untersucht, geht zutreffend von einer verfassungsrechtlichen Begrenzung der Regelungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers aus und leitet aus ihr eine Einschränkung der Befugnis her, bestimmte Verweisungsbefehle zu erteilen. Sonnenberger stellt sodann die oben bereits erwähnte Frage, "ob der inländische Gesetzgeber, wenn er anstelle des ausländischen Gesetzgebers gehandelt hätte, eine solche Regelung, wie sie durch die Kollisionsnormen herangezogen wird, hätte normieren dürfen". Sonnenberger will also den ausländischen Rechtssatz so sehen, "als ob" es ein deutscher Rechtssatz wäre. Ergibt die Prüfung des Inhalts der ausländischen Norm, daß sie den Anforderungen des Grundgesetzes nicht entspricht, so dürfe jedes deutsche Organ infolge der "verfassungsunmittelbaren Begrenzung des Verweisungsbefehls" die ausländische Norm nicht heranziehen.

Sonnenberger umgeht mit dieser Lösung scheinbar die Schwierigkeit, daß eine ausländische Norm selbst nicht an der deutschen Verfassung zu messen ist. Andererseits versucht er, der weiteren Schwierigkeit zu entgehen, daß die Verfassungsnormen keineswegs erst den Rechtsanwendungsbereich einschränken, sondern auch in der Gesetzgebungsebene wirken. Er meint daher, es sei unhaltbar, eine Verfassungsverletzung erst auf der Rechtsanwendungsebene zu korrigieren.[269] Aus dieser Situation sieht Sonnenberger offenbar nur den Ausweg, unsere Kollisionsnormen aus dem Gesichtswinkel des Grundgesetzes zu sehen.

268) Dissertation, S. 118 f.
269) Diss. aaO, dort Fußn. 244

b. Kann man jedoch auf diese Weise zu einer Einschränkung der Verweisungsbefugnis gelangen? Wenn man Recht an der Verfassung messen will, muß man in erster Linie den materiellen Gehalt des Rechts zu bestimmen versuchen. Es geht hierbei nicht so sehr um die sehr umstrittene Frage, inwieweit unseren Kollisionsnormen ein eigener materieller Gehalt - etwa als Ordnungsnormen und als Normen, die auf Verwirklichung einer international-privatrechtlichen Gerichtigkeit gerichtet sind -[270] innewohnt, sondern darum, ob unserem IPR darüber hinaus ein Satz immanent ist, der die Heranziehung "verfassungswidriger" ausländischer Normen ausschließt.

Es ist jedoch verfehlt, die Kollisionsnormen selbst in irgendeiner Weise mit dem materiellen Gehalt der jeweiligen ausländischen Norm zu verquicken, die über die Kollisionsregel herangezogen wird. Wenn man unser IPR und die ausländische Sachnorm getrennt betrachtet und nicht davon ausgeht, daß die ausländische Norm etwa die deutsche Verweisungsnorm mit materiellem Gehalt erfüllt - was dem Verfasser unhaltbar erscheint -, so kann man doch allenfalls von einer Verfassungswidrigkeit derjenigen Norm sprechen, deren materieller Gehalt im konkreten Fall dem Grundgesetz widerspricht und insoweit läßt sich nur auf die ausländische Norm abstellen. Diese unmittelbar an unserer Verfassung zu messen, verbietet sich uns jedoch. Ginge man wie Sonnenberger vor, so ließe man den Inhalt der ausländischen Norm auf unser IPR abfärben und auf diesem Wege die Heranziehung verfassungswidrig erscheinen. Ein solches Vorgehen weitete die materielle Bedeutung unseres IPR sehr stark aus.

270) Vgl. hierzu Beitzke aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 15 f. mwN; s. a. S. 51 f.

Sonnenberger berücksichtigt zudem nicht hinreichend den Unterschied zwischen der Gesetzgebungs- und der Anwendungsebene. Denn wenn er unsere Verfassung bereits in der Gesetzgebungsebene zur Geltung bringen will, so müßte dieses Unterfangen bereits dann möglich sein, wenn wir den abstrakt-generellen Inhalt unserer Kollisionsregeln untersuchen, bevor wir im konkreten Falle ausländisches Recht heranziehen. Wenn wir unser IPR nun dahingehend prüften, ließe sich ein Verfassungsverstoß lediglich aus der (generellen) Anknüpfung verschiedener Kollisionsregeln herleiten. Man kann nun auch nicht einwenden, die Anwendung unseres IPR weise die Besonderheit auf, daß immer mindestens zwei Rechte nacheinander herangezogen werden. Man müsse also - wie auch immer - das jeweilige ausländische Recht bei der Frage nach der Verfassungsgemäßheit berücksichtigen. Ginge man so vor, so gelangte man zu dem widersinnigen Ergebnis, daß unser IPR einmal verfassungswidrig, das andere Mal verfassungsgemäß wäre. Eine Vorstellung, die abzulehnen ist.[271]

Sonnenberger versucht in Wirklichkeit auch nicht, das Problem allein in der Gesetzgebungsebene zu lösen, sondern beide Bereiche zu mischen. Er versucht, einen bloßen Vorgang, nämlich die von unserem IPR angeordnete Heranziehung fremden Rechts verfassungsmäßig in den Griff zu bekommen. Er übersieht hierbei jedoch, daß dann, wenn eine Norm ein bestimmtes Handeln vorschreibt und dieses Handeln mittelbar oder unmittelbar ein verfassungswidriges Ergebnis oder einen solchen Zustand herbeiführt, wir nicht das Handeln, sondern das dieses Handeln anordnende Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit unserer Verfassung prüfen. Hieraus ergibt sich, daß das Problem der "Ver-

271) S. a. Bernstein aaO - vgl. Fußn. 226 - S. 2273/2274; Ferid aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 143 der die Konstruktion als "gekünstelt" bezeichnet.

fassungswidrigkeit" des ausländischen Rechts auch nicht in der Gesetzgebungsebene, sondern erst in der Anwendungsebene zu lösen ist. Denn erst dann, wenn wir unser insoweit neutrales IPR befragt haben und nunmehr das ausländische Privatrecht anwenden, ergeben sich die Probleme. Es ist somit nur das durch diesen zweiten Akt - die Rechtsanwendung - herbeigeführte Ergebnis, das wir nicht hinnehmen können.

Der Lösungsversuch Sonnenbergers ist daher abzulehnen.

3. Hat man erkannt, daß eine ausländische Rechtsnorm nicht abstrakt an unserem Verfassungsrecht gemessen werden kann, und ist man zudem zu der Auffassung gelangt, daß auch der vom deutschen IPR befohlene Vorgang der Heranziehung ausländischen Rechts verfassungsrechtlich nicht zu erfassen ist, so bleibt nur die Möglichkeit, die Rechtsanwendung an den Maximen unserer Verfassung zu messen. Nur in diesem Bereich können wir daher den Grundrechten Geltung verschaffen.
Rechtsanwendung des ausländischen Rechts heißt Übernahme der in der angewandten ausländischen Norm enthaltenen Rechtsfolge. Es ist somit die Hinnahme der von einem fremdländischen Rechtssatz ausgesprochenen Rechtsfolge, die der ausländische Gesetzgeber an einen bestimmten Sachverhalt knüpft, die mit unseren im Verfassungsrecht - insbesondere in den Grundrechten - niedergelegten Wertentscheidungen kollidiert, weil letztere entweder verlangen, daß an gleiche oder vergleichbare Sachverhalte gänzlich andere Rechtsfolgen geknüpft werden, oder weil diese Wertentscheidungen es schlechthin verbieten, bestimmten Dingen rechtliche Relevanz zu verleihen.
Soweit nun Rechtsfolgen, die den in unserer Verfassung niedergelegten Vorstellungen widersprechen, in einem deutschen

Hoheitsakt, z. B in einer Behördenentscheidung oder einem Urteil, **Eingang** finden, hat dies zur Folge, daß der Hoheitsakt selbst verfassungswidrig und somit aufzuheben ist. Hierin liegt in erster Linie eine Kritik am deutschen Hoheitsakt, der aufgrund eines Rechtssatzes ergangen ist, der aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht angewandt werden durfte. Darüber hinaus enthält die Aufhebung der deutschen Entscheidung inzidenter die Ablehnung der Entscheidung des ausländischen Gesetzgebers, wie sie sich in der konkreten Rechtsnorm niedergeschlagen hat; jedoch läßt sich diese Ablehnung nicht als "generelle Zensur der fremden Regelung verstehen, die nicht für die Anwendung durch deutsche Hoheitsträger geschaffen worden ist und im eigenen Bereich vertretbar oder sinnvoll sein mag"[272].

Lehnt man die abstrakte Prüfung ausländischer Rechtsnormen unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ab und kontrolliert erst das Rechtsanwendungsergebnis, so liegt hierin - obwohl beide Male letztlich ausländisches Recht am Grundgesetz gemessen wird - keine vordergründige Unterscheidung, sondern der Versuch, die Prüfung der "Verfassungsmäßigkeit" ausländischen Rechts sowie die Entscheidung hierüber systematisch sauber einzuordnen. Ein solches Vorgehen steht zudem durchaus in Einklang mit der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts.[273]

272) So BVerfG StAZ 71, 189(192), das allenfalls dem deutschen Gesetzgeber einen Vorwurf machen würde, der für die bei der Berufung ausl. Rechts voraussehbaren Konflikte mit Grundrechten keine Vorsorge getroffen habe.

273) StAZ 71, 189 (192): "Das ausl. Recht wird nicht losgelöst von der dortigen Verfassung und den Gegebenheiten seines nationalen Geltungsbreichs generell auf eine Übereinstimmung mit dem Grundgesetz überprüft. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob eine innerstaatliche Rechtshandlung deutscher Staatsgewalt in bezug auf einen konkreten Sachverhalt, der eine mehr oder weniger starke Inlandsbeziehung aufweist, zu einer Grundrechtsverletzung führt."

III. Nachdem sich gezeigt hat, daß wir unserer Verfassung auch nicht über die Kollisionsregeln selbst Geltung verschaffen können, sondern nur das Rechtsanwendungsergebnis zu korrigieren ist, bleibt als letzte Frage, ob man die Korrektur mit dem BGH und der h. M. über Artikel 30 EGBGB oder unmittelbar über die Grundrechte vornehmen kann.[274]

1. Gegen die Berücksichtigung der Verfassung über Artikel 30 EGBGB sind aus verschiedenen Gesichtspunkten Bedenken erhoben worden.

a. So meint Sonnenberger[275], durch die Berücksichtigung unserer Verfassungsnormen über Artikel 30 EGBGB gelange man "zu dem absurden Ergebnis, daß sie (die Verfassungsnormen), ihrer absoluten Verbindlichkeit für alle deutschen Organe entkleidet, lediglich als einfaches Gesetz fortexistieren".

Indem er so argumentiert verkennt Sonnenberger jedoch den Vorgang der Grundrechtseinwirkung auf das Privatrecht. Auch wenn die Grundrechte gewissermaßen "durch das Medium" der Generalklauseln in das Privatrecht hineinwirken und hier ihre "Einbruchsstellen" zu sehen sind, so werden sie deshalb weder zu Rechtsnormen im Range einfacher Gesetze, noch erlangen umgekehrt die Privatrechtssätze Verfassungsrang. Denn man darf nicht verkennen: Angewandt wird lediglich ein Privatrechtssatz und nicht unmittelbar[276] (so jedenfalls die zutreffende h. M.) eine Verfassungsnorm, mag letztere auch auf die anzuwendende jeweilige Generalklausel ausstrahlen.

274) Vgl. Ferid aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 143; Gamillscheg aaO - vgl. Fußn. 266 - S. 328; Krüger NJW 55, 549 f; Dölle IPR, § 2 IX

275) Diss. S. 115

276) Vgl. z. B. für das Verhältnis von ausl. Sachrecht und Art. 3 Abs. 2 GG: Neumayer, Zur positiven Funktion ..., S. 203

b. In den gleichen Problemkreis gehört der Einwand, die Vorbehaltsklausel habe ja lediglich Gesetzesrang und unterliege daher der Dispositionsbefugnis des Gesetzgebers. Sie sei daher durch einfaches Gesetz aufhebbar.[277]
Hierzu ist festzustellen, daß bei einer Aufhebung des Artikel 30 die Grundrechte unmittelbar gar nicht berührt würden, da der Grundrechtsbereich und der Bereich des ordre-public, was ihre Rechtsqualität betrifft, vollständig voneinander getrennt sind, weil sie auf verschiedenen Ebenen liegen. Bei einer Aufhebung des Artikel 30 EGBGB ginge die Frage allenfalls dahin, wie den durch die Grundrechte getroffenen Wertentscheidungen sonst Rechnung getragen werden könnte. Man mag in einem solchen Fall ausnahmsweise an eine aus Artikel 1 Absatz 3 GG unmittelbar herzuleitende Bindung des Zivilrichters denken, bestimmte Rechtsanwendungsergebnisse nicht zuzulassen.[278]
Indessen ruht eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser Frage doch auf einer sehr spekulativen Grundlage, da mit einer völligen Streichung der Vorbehaltsklausel wohl kaum ernsthaft zu rechnen sein wird.

c. Viel aktueller sind hingegen die Schwierigkeiten, die auftreten, wenn wir uns durch Staatsverträge verpflichten, unsere Vorbehaltsklausel nicht anzuwenden.[279]
Hier sind jedoch die völkerrechtliche Verpflichtung, die Vorbehaltsklausel nicht einzusetzen, und das die staatliche Ge-

277) Sonnenberger aaO - vgl.Fußn.275-; dagegen Ferid aaO - vgl. Fußn.221 S. 143

278) Hierin läge m.E. nur ein scheinbarer Widerspruch zu der an sich richtigen Aussage, daß im Rahmen der Zivilrechtsprechung eine Bindung des Richters an die Grundrechte nur soweit besteht, als die Grundrechte auf das Privatrechtsverhältnis einwirken. Denn da das ausl. Privatrecht nicht abstrakt an der Verfassung zu messen ist, da also eine unmittelbare Einwirkung der Grundrechte auf das ausl. Recht nicht bestehen kann, ist es notwendig, die Bedeutung der Grundrechte bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen.

279) Die h. M. sieht insbesondere in den Haager Familienrechtsabkommen von 1902 und 1905 staatsvertraglich vereinbarte Einschränkungen für die Anwendung von Art. 30 - vgl. Jayme aaO - vgl. Fußn. 97, S. 17 sowie die dort in Fußn. 79 angegebene Literatur; Jayme FamRZ 67, 197; Wengler aaO - vgl. Fußn. 241 - S. 102 dort Fußn. 12; Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 108 dort Fußn. 88; s. a. Stöcker, StAZ 68, 33 (41)

walt bindende verfassungsrechtliche Gebot der Beachtung unserer Grundrechte deutlich auseinanderzuhalten. Auch wenn der Staatsvertrag nach außen (d. h. völkerrechtlich) wirksam ist, so bedeutet das nicht, daß sein Inhalt im Inneren das Verfassungsrecht derogiert. Vielmehr ist der Staat bei Widersprüchen zwischen völkerrechtlichem Vertrag bzw. dem transformierenden Gesetz und dem Verfassungsrecht verpflichtet, den durch Abschluß und Transformation des völkerrechtlichen Vertrages geschaffenen verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen.[280] Das bedeutet hier zunächst nur, daß wir durch den vertraglichen Verzicht auf Geltendmachung unseres ordre-public nicht gehindert sind, unseren Verfassungsnormen weiterhin Geltung zu verschaffen. Hierzu sind wir im Gegenteil nach wie vor verpflichtet. Die Frage, die sich dann stellt, lautet lediglich: Wird ein Verfassungsverstoß weiter über Artikel 30 EGBGB berücksichtigt, oder muß ein anderer Weg gesucht werden?

In einem solchen Fall dürfen jedoch keine Bedenken bestehen, trotz der vertraglichen Verpflichtung, Artikel 30 EGBGB nicht zu berücksichtigen, weiterhin diese Vorschrift anzuwenden. Denn der Sinn der Verpflichtung, die Vorbehaltsklausel nicht einzusetzen, besteht nicht darin, die Verwendung des (technischen) Mittels des ordre-public als solchem, sondern die Berücksichtigung der jeweiligen (materiellen) inländischen Rechts- und Sittenordnung gegenüber dem an sich anwendbaren ausländischen Recht zu verhindern. Die Vorschrift des Artikel 30 EGBGB dient uns gewissermaßen nur als Durchgangsstation[281]

280) BVerfGG 290 (295); S. a. Sturm aaO - vgl. Fußn. 132 - S. 162

281) Stöcker (StAZ 68, 33, 35) meint überspitzt, Art. 3o EGBGB werde in Fällen eines Zweckverstoßes "allenfalls dekorationshalber" mitzitiert.

für die dahinterstehende Rechtsordnung. Wenn wir uns nun völkerrechtlich verpflichtet haben, diese Rechts- und Sittenordnung gegenüber dem ausländischen Recht nicht zu berücksichtigen, so müssen wir dieser Verpflichtung grundsätzlich wohl folgen und der deutsche Richter ist an das transformierende Gesetz gebunden. Das gilt aber nur für die Nichtberücksichtigung solcher Grundsätze, deren Wahrung uns nicht durch unsere Verfassung vorgeschrieben ist. Insoweit vermag das transformierende Gesetz wegen Verstoßes gegen die Verfassung keine Bindung zu bewirken.[282]

Aus diesem Gesichtspunkt bestehen somit keine durchgreifenden Bedenken gegen die Berücksichtigung unserer Verfassung über Artikel 30 EGBGB

d. Hingegen werden Einwände gegen diesen Weg aus einem ganz anderen Blickwinkel vorgetragen. Wengler[283] sieht die Frage u. a. auch aus dem Gesichtspunkt einer Kontrolle der Anwendung unserer Verfassung durch die Verfassungsbeschwerde.[284] Wenglers Bedenken gehen am deutlichsten aus folgendem Satz hervor: "Die Umwandlung der Prüfung der Frage, ob in der Anwendung ausländischen Privatrechts im Inland eine Grundrechtsverletzung liegt, wegen der gegebenenfalls Verfassungsbeschwerde erhoben werden kann, in eine Prüfung unter Artikel 30 EGBGB würde es dem einfachen Gesetzgeber ermöglichen, nicht nur die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde zu modifizieren, je nachdem wie er durch seine Kollisionsnormen die Regelung heterogen verknüpfter Sachverhalte inländischem oder ausländischem Recht zuweist,

282) Das Transformationsgesetz selbst unterliegt auch der Prüfung durch das BVerfG - vgl. BVerfG 1, 396 (410); 4, 157 (162); 6, 290 (294); Bonner Kommentar Art. 100 GG Rz. 80

283) aaO - vgl. Fußn. 241 - S. 102

284) Zur Verfassungsbeschwerde ist oben (S. 92 ff) bei der Erörterung der Kontrollmöglichkeiten durch das BVerfG nicht näher Stellung genommen worden, weil die VB einen Sonderfall darstellt. Sie betrifft nicht unbedingt die Kontrolle einer Rechtsnorm, sondern richtet sich gegen Hoheitsakte schlechthin (vgl. § 90 BVerfGG). Sie hat den Zweck, einen umfassenden Schutz der Grundrechte zu gewährleisten.

sondern sie würde es ihm sogar ermöglichen, die Prüfung unter Artikel 30 EGBGB gänzlich wegfallen zu lassen, ohne daß stattdessen wieder die Verfassungsbeschwerde möglich wäre".

aa. Wengler geht bei seiner Kritik also davon aus, daß es der inländische Gesetzgeber in der Hand hat, durch die Regelung der Anknüpfung in den Kollisionsnormen einmal die Heranziehung ausländischen Rechts anzuordnen und es das andere Mal bei der Anwendung deutschen Rechts zu belassen. Soweit der deutsche Gesetzgeber nun auf ausländisches Recht verweise, grenze er den Rechtsgeltungsbereich des Grundgesetzes ab und regele damit im Ergebnis die Frage der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde. Darüber hinaus gehen Wenglers Bedenken dahin, daß der Gesetzgeber entweder durch die Aufhebung des Artikel 30 EGBGB oder durch eine staatsvertraglich gebotene Nichtanwendung[285] praktisch die Möglichkeit der Überprüfung durch die Verfassungsbeschwerde völlig ausschalten könnte.
Was das zunächst angesprochene Problem der verschiedenen Regelungsbefugnisse des Gesetzgebers hinsichtlich des anzuwendenden Rechts anbetrifft, so fragt es sich, ob diese unterschiedliche Verweisung auf ausländisches oder deutsches Recht wirklich einen nicht zu billigenden Einfluß auf die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde ausübt.

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde für den Fall, daß unser IPR die Anwendung ausländischen Rechts anordnet, lassen sich aus zwei Gesichtspunkten herleiten.

285) aaO - vgl. Fußn. 241 - dort Fußn. 12

Da sich die Verfassungsbeschwerde gegen Hoheitsakte schlechthin richtet, können in begrenztem Umfange auch Gesetzgebungsakte angegriffen werden.[286] Zudem unterliegen die Rechtsgebungsakte der Nachprüfung im Wege der Verfassungsbeschwerde.

Inwieweit wird nun in diesen beiden Fällen die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde durch die Verweisung auf ausländisches Recht beeinflußt?

Was die Verfassungsbeschwerde gegen den Rechtssatz selbst angeht, so ist zuzugeben, daß sie nur solange zulässig ist, als mit ihr eine deutsche Norm angegriffen wird; gegen ein ausländisches Gericht kann sie nicht gerichtet werden. Anders zu entscheiden hieße, das BVerfG zu zwingen, in seiner Entscheidung festzustellen, daß bereits der Erlaß des ausländischen Gesetzes eines unserer Grundrechte verletzt (vgl. § 95 Absatz 3 BVerfGG). Darüber, daß dem BVerfG hierzu die Befugnis fehlt, wird es keine Meinungsverschiedenheiten geben. Ein solches Ergebnis, daß nämlich die Verfassungsbeschwerde insoweit unzulässig ist, läßt sich aber solange nicht umgehen, als man überhaupt ausländisches Recht im Inland anwendet und den Standpunkt beibehält, das vom deutschen Richter herangezogene ausländische Recht bleibe ausländisches Recht - werde also nicht rezipiert.

Die Konsequenz, daß infolge der unterschiedlichen Anknüpfung unserer Kollisionsnormen die gegen ein Gesetz gerichtete Verfassungsbeschwerde das eine Mal zulässig, das andere Mal unzulässig ist, müssen wir also hinnehmen.

286) Jedenfalls wenn der Beschwerdeführer durch das Gesetz selbst unmittelbar und gegenwärtig in einem Grundrecht verletzt wird - vgl. BVerfG 3, 299; 6, 277

bb. Wenglers Bedenken gehen auch in stärkerem Maße dahin, daß - sofern man dem IPR eine Abgrenzungsfunktion hinsichtlich des Geltungsbreiches der Verfassung beimißt - zumindest die Anwendung ausländischen Rechts nicht mehr im Wege der Verfassungsbeschwerde nachprüfbar sei.
Diese Bedenken greifen jedoch zunächst dann nicht durch, wenn man den Grundrechten gegenüber dem anwendbaren ausländischen Recht auf dem Weg über Artikel 30 EGBGB Geltung verschafft (gerade dies aber kritisiert Wengler). Denn obwohl unser IPR ausländisches Recht heranzieht, und der Fall so von ausländischem Recht beherrscht wird, kann doch geltend gemacht werden, bei der Auslegung des Artikel 30 sei die allgemeine Wertordnung der Grundrechte nicht beachtet worden und gerade hierin liege eine spezifische Grundrechtsverletzung. Daß eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil mit dieser Begründung zulässig wäre, dürfte unzweifelhaft sein.[287] Denn die Verfassungsbeschwerde ist immer schon dann zulässig, wenn geltend gemacht wird, ein Hoheitsakt sei auf eine Art und Weise zustande gekommen, die eine spezifische Grundrechtsverletzung beinhaltet.[288] Legt man dem Richter die Pflicht auf, auch bei der Anwendung ausländischen Rechts die Wertentscheidungen des Grundgesetzes über Artikel 30 EGBGB zu berücksichtigen, so kann ein Verstoß gegen diese Pflicht auch im Wege der Verfassungsbeschwerde nachgeprüft werden.
Ob der deutsche Gesetzgeber in seinem Kollisionsrecht ausländisches oder deutsches Recht für anwendbar erklärt, besagt somit nichts über die Zulässigkeit der gegen ein Urteil gerichteten Verfassungsbeschwerde.

287) Vgl. BVerfG StAZ 71, 189 (191)

288) Abgesehen von den übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen wie Rechtswegerschöpfung, Begründung, Form und Frist - vgl. im einzelnen §§ 90 ff. BVerfG

Wie steht es nun mit der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, wenn wir uns staatsvertraglich binden, Artikel 30 EGBGB nicht anzuwenden? Gerade in dieser Frage sieht Wengler ein Argument gegen die Berücksichtigung der Grundrechte über Artikel 30 EGBGB.
Wie oben bereits dargelegt[289], steht jedoch nichts entgegen, auch in einem solchen Fall Artikel 30 anzuwenden, weil erstens eine staatsvertragliche Regelung nicht die Geltung der Grundrechte abdingen kann und zweitens durch die vertragliche Bindung nicht die Verwendung des Artikel 30 EGBGB schlechthin eingeschränkt sein soll. Auch im Falle einer bestehenden staatsvertraglichen Verpflichtung, Artikel 30 EGBGB nicht einzusetzen, wird man also gegen die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde keine Bedenken zu hegen brauchen.

So bleibt schließlich nur noch der Einwand, der Gesetzgeber könne ja Artikel 30 EGBGB aufheben und damit gewissermaßen das "Medium" beseitigen, das eine Berücksichtigung der Grundrechte ermöglicht und damit auch Einfluß auf die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nehmen.
Dieser Einwand scheint zunächst doch - wie oben bereits erwähnt - theoretischer Natur zu sein, da eine vollkommene Beseitigung der Vorbehaltsklausel kaum zu erwarten sein dürfte. Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht und fällt aber auch nicht mit Artikel 30 EGBGB. Die entscheidende Frage bleibt, ob der Hoheitsakt als solcher - also z. B. das Urteil - Grundrechtsbindungen unterliegt, auch wenn der Fall an sich von ausländischem Recht beherrscht wird. Daß eine Bindung an unsere Grundrechtsordnung besteht, wird nun aber

289) S. 110 f.

weder von Wengler, noch etwa vom BGH angezweifelt. Ist der Hoheitsakt somit grundrechtsgebunden, so bleibt die Verfassungsbeschwerde zulässig, mag man - nach Auffassung des Verfassers zu Unrecht - einen unmittelbaren Konflikt zwischen ausländischem materiellen Privatrecht und deutschem Verfassungsrecht annehmen, oder mag man in einem solchen Fall ausnahmsweise eine Bindung des Richters bei der Rechtsanwendung über Artikel 1 Absatz 3 GG annehmen.[290]

e. Zu erörtern bleibt noch der verschiedentlich erhobene Vorwurf, indem man unsere Grundrechte über Artikel 30 EGBGB berücksichtigt, tue man dies unausgesprochen aus der Vorstellung heraus, der privatrechtlich relevante Anwendungsbereich der Grundrechtsnormen müsse mit dem von unseren Kollisionsregeln vorgeschriebenen Anwendungsbereich des deutschen Privatrechts übereinstimmen.[291] Soweit ausländisches Recht mit unserer Verfassung in Widerspruch stehe, könne nur auf Art. 30 EGBGB zurückgegriffen werden; wer Art. 30 EGBGB einsetze, verkenne die Bedeutung von Art. 1 Abs. 3 GG und übernehme inzidenter die falsche Vorstellung von der Abgrenzungswirkung unseres IPR für den Geltungsbereich der Grundrechte.

In der Tat besteht - wie gerade die Entscheidungen des BGH zeigen - eine derartige Vorstellung. Hierin liegt die vorschnelle Verallgemeinerung eines teilweise richtigen Gedankens.
Wie bereits darzulegen versucht wurde, gilt der Satz, daß unser IPR den Geltungsbereich der Verfassung (mittelbar) eingrenzt, nur insoweit, als es um den direkten Einfluß unseres Verfassungsrechts geht, womit gemeint ist, daß dieser Einfluß zu einer Aufhebung der betreffenden ausländischen Norm führen kann. Soweit unser Verfassungsrecht - wie die Grundrechte - Anweisungen an den Gesetzgeber enthält und auch die permanente Kontrolle der erlassenen Rechtssätze garantiert ist, gilt die Vorstellung von der Abgrenzung des Verfassungsrechts durch das IPR zu Recht uneingeschränkt.

290) s.o.S. 109
291) Vgl. z.B. Bernstein, NJW 65, 2273 (2275)

Daß sich die Bedeutung der Grundrechte nicht in der Anweisung an den Gesetzgeber erschöpft, daß die Grundrechte vielmehr zudem jegliche vollziehende Gewalt unmittelbar binden, wurde wiederholt dargelegt. Hier nun gilt der Satz von der Eingrenzung unserer Verfassungsnormen durch das IPR nicht mehr, da nicht mehr die abstrakt-generelle Ausgestaltung einer ausländischen Rechtsnorm, sondern die Tätigkeit der Exekutive, d. h. deutsche Hoheitsakte, im Vordergrund steht. und - wie erwähnt[292] - im Falle eines Widerspruchs zwischen Hoheitsakt und Verfassung nicht etwa die angewandte ausländische Norm, sondern der deutsche Hoheitsakt aufgehoben wird.

Wer ohne Einschränkungen die "Abgrenzungstheorie" vertritt, wird konsequenterweise leicht in den Fehler verfallen, den Grundrechten im Bereich des IPR nur dann rechtliche Wirkung zu verleihen, wenn und soweit die deutschen Kollisionsnormen und Artikel 30 EGBGB hierzu die Möglichkeit eröffnen.[293]

Dieses Vorgehen enthält bereits im Ansatz den Fehler, die Bedeutung der Grundrechte aus dem Kollisionsrecht erschliessen zu wollen. Diese Auffassung verkennt, wie das BVerfG[294] zu Recht ausgeführt hat, Funktion und Bedeutung der Grundrechte.

Entgegenzutreten ist jedoch der bisweilen vertretenen Auffassung[295], die Berücksichtigung unserer Verfassung über

292) s. u. S. 107

293) Vgl. hierzu u. a. BVerfG StAZ 71, 189 (192)

294) aaO - vgl. vorige Fußnote

295) Vgl. z. B. Stöcker, JR 65, 456

Artikel 30 EGBGB bringe gewissermaßen notwendig eine unzulässige Einschränkung in der Geltung der Grundrechte mit sich.
Dies trifft keineswegs zu. Ob den Grundrechten bei der Anwendung ausländischen Rechts die ihnen gebührende Beachtung geschenkt wird, entscheidet sich nicht notwendig bei der Frage, ob dies über Artikel 30 EGBGB oder auf einem anderen Weg geschieht, sondern richtet sich nach dem richtigen Verständnis der Vorbehaltsklausel als Teil der internen deutschen Rechtsordnung. Der Weg über Artikel 30 EGBGB schließt also die Berücksichtigung der in den Grundrechten enthaltenen Wertentscheidungen nicht aus.[296]

f. Der Weg über Artikel 30 EGBGB mit allen hiermit verbundenen Unsicherheiten brauchte schließlich dann überhaupt nicht erörtert zu werden, wenn dem Verfassungsrecht unmittelbar feste Regeln zu entnehmen wären, "die Auskunft darüber geben, in welcher Weise ein Sachverhalt mit dem Inland verknüpft sein muß, damit diese oder jene Verfassungsnorm zur Anwendung gelangt."[297] Wir sind jedoch weit davon entfernt, ein "Kollisionsrecht für die Verfassung"[298] zu besitzen. Ob wir es jemals besitzen werden, erscheint fraglich. Indessen erinnert uns die Forderung nach verfassungsrechtlichen Kollisionsregeln an den entscheidenden Grundsatz, daß es allein Sache der Verfassung ist, über die Reichweite der Verfassungsnormen zu bestimmen.[299] hier jedoch feste Regeln zu

296) Dies entspricht durchaus der Ansicht des BVerfG - StAZ 71, 189, 192, 195 -, das den Kollisionsregeln einschließlich Art. 30 zu Recht lediglich keine abgrenzende und einschränkende Wirkung beimessen will, s.a. Gamillscheg RabelsZ 1969, 699

297) Vgl. Bernstein NJW 65, 2273, 2275

298) Vgl. Bernstein aaO - vgl. vorherige Fußnote

299) Vgl. Stöcker, JR 65, 456, 457

finden, dürfte außerordentlich schwierig sein. Bestehen schon bei der verfassungstreuen Auslegung deutscher Rechtsnormen häufig Schwierigkeiten, so werden sich diese bei der Beurteilung auslandsbezogener Sachverhalte, die nach deutschem IPR ausländischem Recht unterstehen, vervielfältigen. Denn nun ist nicht nur fremdes Recht zu prüfen, sondern es sind zudem alle fallbezogenen Besonderheiten tatsächlicher Art zu berücksichtigen. Erst nach Würdigung aller dieser Umstände läßt sich eine Antwort finden, ob unsere Verfassung auf den Fall anzuwenden ist oder nicht. All diese erforderlichen Differenzierungen in einigermaßen feste Regeln zu fassen, erscheint mehr als problematisch.[300]
Es spricht manches dafür, daß man auf dem Wege zu einer Lösung dieser Frage zu sehr ähnlichen Überlegungen gelangt, wie sie bei der Anwendung des Artikel 30 EGBGB ansteht.[301]

Bis zur Entwicklung fester Regeln, die die Geltung der Verfassung in Fällen mit Auslandsberührung festlegen, wird man daher an Artikel 30 EGBGB festhalten müssen[302], zumal die gegen die Anwendung dieser Vorschrift vorgebrachten Bedenken letztlich nicht durchgreifen.

Entscheidet man sich für den Weg über den ordre-public, so schließt dies keineswegs eine allmähliche Entwicklung bestimmter Kollisionsregeln für die Verfassung aus, zumal wenn jeweils im Rahmen der Anwendung des Artikel 30 EGBGB im Einzelfall der Geltungsbereich des in Betracht kommenden Grundrechts differenziert geprüft und somit die Vorbehaltsklausel entscheident aus dem Gesichtswinkel der Wertentscheidung der Verfassungsnorm ausgelegt wird.

300) Bernstein - aaO - hat selbst starke Bedenken

301) Das BVerfG - StAZ 71, 189, 193 - stellt Überlegungen an, die vollständig zu Art. 30 EGBGB passen, s.a. Gamillscheg, RabelsZ 1969, 700 f

302) Vgl. Heldrich, JZ 69, 300, 302

2. Wie darzulegen versucht wurde, vermögen die gegen die Anwendung des ordre public vorgebrachten Einwände nicht zu überzeugen.
Umgekehrt spricht jedoch vieles dafür, den Wertentscheidungen unserer Grundrechte über die Vorbehaltsklausel Geltung zu verschaffen.

a. Zunächst enthält Artikel 30 EGBGB nach Wortlaut und gesetzgeberischem Zweck das Mittel, die Anwendung ausländischen Rechts auszuschließen, das mit den deutschen Grundanschauungen nicht vereinbar ist; daß zu den zu schützenden Rechtssätzen auch gerade die Verfassungsnormen zählen, kann nicht zweifelhaft sein, da gerade sie die wesentlichen Wertentscheidungen unserer Rechtsordnung enthalten.[303)]

b. Verschafft man unserer Verfassung über Artikel 30 EGBGB Geltung, so handelt man überdies in Übereinstimmung mit der vorherrschenden und zutreffenden Ansicht, die zwar einen unmittelbaren Einfluß der Grundrechte auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse ablehnt, jedoch einen mittelbaren Einfluß über die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln des Privatrechts annimmt.[304)] Gerade wenn man berücksichtigt, daß unsere Privatrechtssätze - zu denen nach überwiegender Ansicht unser IPR einschließlich der Vorbehaltsklausel gehört - auf der einen Seite sowie das Grundrechtssystem auf der anderen Seite kein beziehungsloses Eigendasein führen, so drängt sich der Weg auf, die Generalklausel des Artikel 30 unter besonderer Berücksichtigung der vom Grundgesetz getroffenen Wertentscheidungen anzuwenden.

c. Der Weg über Artikel 30 EGBGB vermag zudem in befriedigender Weise die Frage zu beantworten, die sich zwangsläufig stellt, wenn man in der Diskussion über die Geltung der Grundrechte

303) Vgl. Dölle, IPR, S. 20, 84; Soergel-Kegel, Art. 30 Rz. 20 mwN; Neumayer, Zur positiven Funktion ..., S. 202 f.

304) Vgl. die zahlreichen Hinweise bei Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 3, Rz. 127 ff. insbesondere Rz. 132

- dies keineswegs zu Unrecht - daran erinnert, daß der deutsche Richter und die deutschen Behörden in der Ausübung staatlicher Gewalt an die Grundrechte gebunden sind. Leider hat auch das Bundesverfassungsgericht den unzutreffenden Einwand, den Grundrechten Geltung zu verschaffen, hieße, deren Bedeutung in unzulässiger Weise auszuweiten, fast ausschließlich mit dem Argument auszuräumen versucht, es gehe ja um eine innerstaatliche Rechtshandlung deutscher Staatsgewalt.[305)]

Hier drängt sich doch die Frage auf: Wie berücksichtigt man die Grundrechte in Fällen, die aufgrund unserer Kollisionsregeln ausländischem Recht unterstellt sind, in denen die Parteien jedoch - aus welchen Gründen auch immer - nicht den Weg zum deutschen Richter finden. Nun ist gewiß richtig, daß die Wirkungen der Grundrechte immer dann, wenn die Betroffenen sich übereinstimmend grundrechtswidrig verhalten, zumindest rein tatsächlich latent nicht feststellbar sind; allerdings nur solange, bis sich einer der Beteiligten auf die Verfassungswidrigkeit eines Zustandes oder einer Handlung beruft, sich also auf den Schutz der Grundrechte besinnt und ihn für sich in Anspruch nimmt. Geltendmachung der Grundrechte heißt am Ende immerHerbeiführung einer Entscheidung, letztlich im Wege der Verfassungsbeschwerde, und immer wenn von deutschen Behörden und Gerichten entschieden wird, haben diese gemäß Artikel 1 Absatz 3 GG die Grundrechte unmittelbar zu beachten.

Indessen vermögen diese Überlegungen nicht von der eingangs gestellten Frage abzulenken, wie die Grundrechte auf Rechtsverhältnisse einzuwirken vermögen, die kraft des deutschen IPR ausländischem Privatrecht unterliegen, ohne daß es zu

305) StAZ 71, 189, 192 rechte Spalte

einem Urteil oder einer Behördenentscheidung kommt. Die Frage, ob ein bestimmter Anspruch besteht, oder aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht besteht, richtet sich gewiß nicht danach, ob ein deutsches Gericht oder eine deutsche Behörde bei der Ausübung ihrer Tätigkeit einer Grundrechtsbindung unterliegt, sondern danach, ob das betreffende Rechtsverhältnis durch die grundlegenden Wertentscheidungen unserer Verfassung beeinflußt wird. Die Frage, ob eine Grundrechtsbindung des betreffenden Rechtsverhältnisses besteht, und die weitere Frage, ob bei Bejahung der ersten Frage diese Grundrechtsbindung auch gerichtlich durchsetzbar ist, sind grundsätzlich zu trennen. Was rechtens ist, ergibt sich aus unserem Normensystem, nicht aus den Entscheidungen unserer Behörden und Gerichte, mögen diese auch häufig im Rahmen der Rechtsfortbildung einen bedeutenden Platz einnehmen.

Kommt man zurück auf die Frage, wie sich der Einfluß unserer Verfassung auf das ausländische Privatrecht bei einer Rechtsanwendung in Deutschland vollzieht, so ist zunächst die banale Feststellung zu treffen, daß es nur jeweils um die Anwendung des ausländischen Rechts im konkreten Fall, nicht um seine Geltung schlechthin oder seine Geltung in Deutschland in einem ähnlichen oder gänzlich anderen Fall geht. Wollen und können wir auf den ausländischen Rechtssatz selbst keinen Einfluß nehmen, so bleibt uns nur, die Anwendung, d.h. das Rechtsanwendungsergebnis, zu steuern. Diesem Zweck dient Artikel 30 EGBGB, mögen die hinter dieser Vorschrift stehenden Grundvorstellungen in einfachen Gesetzen oder in Verfassungsnormen niedergelegt oder überhaupt nicht ausdrücklich normiert sein. Entscheidend bleibt lediglich, daß die durch die Anwendung ausländischen Rechts "betroffenen" Grundvorstellungen

nicht von Artikel 30 EGBGB her, sondern diese Vorschrift aus der Sicht dieser Grundvorstellungen ausgelegt wird.[306]

Wollte man unsere Verfassungsnormen gegenüber dem ausländischen Recht direkt und unmittelbar einsetzen, so täte man im Ergebnis das, was man bei der Anwendung deutscher Privatrechtssätze zu vermeiden sucht. Der Weg über Artikel 30 EGBGB enthält also für jegliche Rechtsanwendung immer dann, wenn ausländisches Recht angewandt wird, das adaequate Mittel, den Grundrechten Geltung zu verschaffen, ohne daß es auf die Bindung von Gerichten oder Behörden ankäme.

Aus den angestellten Überlegungen folgt zugleich, daß der Einwand nicht durchgreift, unsere Verfassungsbestimmungen enthielten eine unmittelbare Verweisungsschranke, die sich nicht erst über Artikel 30 EGBGB Geltung zu verschaffen braucht.[307] Es ist nicht die Verweisung, die durch das deutsche Verfassungsrecht eingeschränkt wird, sondern das Rechtsanwendungsergebnis im Einzelfall, das korrigiert werden muß, möglicherweise unter teilweiser Aufrechterhaltung der fremden Norm. Wurde zudem bei einem nur geringfügig veränderten Sachverhalt auf den gleichen ausländischen Rechtssatz verwiesen, so würden wir ihn u. U. sogar ohne Bedenken anwenden.[308]

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß die Berücksichtigung der Grundrechte über den deutschen ordre-public am ehesten zu überzeugen vermag.

306) Vgl. insoweit BVerfG StAZ 71, 189, 195

307) Vgl. Sturm, aaO - vgl.Fußn. 132 - S. 174 unter Berufung auf Sonnenberger

308) Vgl. z. B. Dölle, IPR, S. 80/81

3. Mit dieser Feststellung ist nun gewiß nur eine Aussage darüber getroffen, auf welche Weise wir unserer Verfassung bei der durch unser IPR angeordneten Heranziehung ausländischen Rechts Geltung verschaffen. Wann aber verlangt die Wertordnung der Grundrechte, bestimmte Rechtsanwendungsergebnisse in Deutschland nicht zuzulassen?

a. Bei der Beantwortung der Frage liegt der Schluß nahe, unsere Verfassung enthalte ja immerhin grundlegende Normen für das Verhältnis des Bürgers zum Staat und auch (eingeschränkt) der Bürger untereinander, für das Zusammenleben der Menschen im Geltungsbereich des Grundgesetzes schlechthin. Deshalb liege in jedem Abweichen von der Verfassung ein Verstoß, der über die deutsche Vorbehaltsklausel zu ahnden sei.
So zu verfahren hieße, die Anwendung fremden Rechts in einem außerordentlich weiten Umfange einzuschränken. Wenn wir bei einem solchen Vorgehen auch die ausländische Norm selbst nicht unmittelbar an unserer Verfassung messen, so werfen wir doch das volle Gewicht aller in der Verfassung niedergelegten Wertentscheidungen in die Waagschale, ohne zu bedenken, daß wir selbst - zumindest in einem gewissen Umfang - diesen Wertentscheidungen nicht unumschränkt Folge leisten, indem wir sie z. B. in verschiedenen Bereichen gesetzlich einschränken. So vorzugehen hieße in der Tat, die Welt am deutschen (Verfassungs-) Wesen genesen zu lassen.[309] Überdies kehrten wir den sonst in unserem IPR geltenden Grundsatz um, ausländisches Recht anzuwenden und zu respektieren, auch wenn es einen uns fremden Inhalt hat.[310]

309) So etwa Ferid aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 145

310) Dölle, IPR, S. 78 unten; Dieckmann (aaO - vgl. Fußn. 23 - § 107, dort Fußn. 82) spricht zutreffend von der Gefahr, unser IPR aus den Angeln zu heben.

Dieser Grundsatz fordert von uns größte Zurückhaltung, auch wenn wir den ordre-public gerade mit Rücksicht auf einen eventuellen Verfassungsverstoß anwenden wollen.[311]

b. Indessen fragt sich, ob man die Grenze für die Anwendung der Vorbehaltsklausel nicht präziser festlegen kann. Der BGH[312] selbst versucht dies, indem er auf den Wesensgehalt der Grundrechte als unantastbaren Bereich abstellt: "Die Vorbehaltsklausel greift ein, wenn ausländische Gesetze in dem vom GG geschützten Bereich die geschützten Einrichtungen und Rechte in ihrem Wesensgehalt antasten."

Damit spricht der BGH offensichtlich die Vorschrift des Artikel 19 Absatz 2 GG an, die bestimmt, daß ein Grundrecht "in keinem Fall" in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf.[313]

Auf diesen Begriff und diese Vorschrift zurückzugreifen, unterliegt jedoch erheblichen Bedenken. Sicherlich ist zuzugeben, daß Artikel 19 Absatz 2 GG als absolute Eingriffsgrenze auch für den deutschen Richter gilt. Als solche letzte Schranke grenzt sie jedoch den Geltungsbereich der Grundrechte außerordentlich weiträumig ab.

311) Auch das BVerfG - StAZ 71, 189, 193 - will das ausl. Recht nicht in gleicher Weise wie deutsches Recht am GG messen.

312) NJW 64, 2015

313) Auch in der Literatur wird der Begriff "Wesensgehalt" im Zusammenhang mit der Frage verwendet, wann die Anwendung ausl. Rechts wegen Unvereinbarkeit mit den Grundrechten ausgeschlossen ist - vgl. z. B. Dölle, IPR, S. 84; Neumeyer, Zur positiven Funktion ..., S. 202 -; s.a. Blanke aaO - vgl. Fußn. 97 . Es spricht jedoch einiges dafür, daß der Begriff nicht im technischen Sinne gebraucht wird.

Gegen die Verwendung des Begriffs Wesensgehalt bestehen aber in stärkerem Maße konstruktive Bedenken.

Zum einen setzt die Prüfung, ob ein ausländisches Gesetz ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt antastet, doch voraus, daß die ausländischen Gesetze überhaupt in den grundrechtlich geschützten Wirkungskreis einzugreifen vermögen. Dies ist jedoch - wie darzulegen versucht wurde - nicht der Fall, und auch der BGH meint es offenbar nicht so, denn er lehnt in der gleichen Entscheidung wenige Zeilen zuvor noch eine direkte Kollision von ausländischem Privatrecht und deutschem Verfassungsrecht ab. ("Dagegen sind die ausländischen materiell-rechtlichen Vorschriften, die nach dem internationalen Privatrecht anwendbar sind, nicht etwa schlechthin auf ihre Wirksamkeit mit dem deutschen Verfassungsrecht zu prüfen, ... mit Recht hat Ferid... darauf hingewiesen, daß die Kollisionsnormen ... die räumliche und persönliche Reichweite des Verfassungsrechts abgrenzen.") Soll nun aber bei der Frage, wann Artikel 30 EGBGB mit Rücksicht auf die Grundrechte eingreift, diese unmittelbare Kollision - sozusagen in einer hypothetischen Schau - doch angenommen werden? Bedenkt man, daß Artikel 19 Absatz 2 GG gerade aus der Sorge zu erklären ist, daß unsere Grundrechte zum Teil gesetzlich einschränkbar sind, daß dem ausländischen Recht eine einschränkende Wirkung aber nicht zukommt, so zeigt sich, daß eine derartige Prüfung verfehlt wäre.
Hinzu kommt weiterhin, daß Artikel 19 Absatz 2 GG seiner Funktion nach auf alle Grundrechte zugeschnitten ist - diese Einschränkung gilt gerade für Artikel 6 GG.[314] Denn die grundlegende und umfassende Aussage des Artikel 6 Absatz 1

314) Vgl. Maunz-Dürig Art. 6 Rz. 3; BVerfG StAZ 71, 189 (191)

GG ist weder gesetzlich noch in anderer Weise einschränkbar unbeschadet der gesetzgeberischen Befugnis, Form und rechtliche Ausgestaltung der Ehe zu regeln.[315] Daher tut man gut, den Begriff "Wesensgehalt" in diesem Zusammenhang überhaupt nicht zu verwenden.

c. Der BGH[316] hat u.a. versucht, von der vom Reichsgericht[317] entwickelten Formel auszugehen, die bei der Frage, ob ein Verstoß gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes vorliegt, darauf abstellt, ob der Unterschied zwischen den staatspolitischen und sozialen Anschauungen, auf denen das nach unserem IPR an sich maßgebende ausländische Recht einerseits und das davon abweichende deutsche Recht beruhen, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde...[318] Hieraus hat der BGH die Folgerung hergeleitet, daß bei einem Widerspruch zwischen Verfassung und materiellem ausländischen Recht die Anwendung dieser Gesetze nur dann ausgeschlossen sei, wenn "dadurch wesentliche Verfassungsgrundsätze, die eine unverrückbare Grundlage des deutschen staatlichen und sozialen Lebens bilden, verletzt werden."

315) BVerfG StAZ 71, 189 (191)

316) aaO - vgl. Fußn. 312 - S. 2014

317) z. B. RGZ 138, 214, 216

318) Vgl. hierzu auch Kegel, IPR, § 16 IV 2 sowie BGHZ 28, 375, 384

Dieser Versuch geht in zweifacher Weise fehl. Zum einen wird hier versucht, die Bedeutung des möglicherweise verletzten Grundrechts vom ordre-public her zu erschließen, obwohl der umgekehrte Weg richtig wäre.[319] Zum anderen versucht der BGH, eine generalisierende Formel zu finden, durch die die Grenzen abgesteckt werden sollen, innerhalb derer wir den Grundrechten Geltung zu verschaffen haben. Auch das ist - gegenwärtig jedenfalls - noch kaum möglich. Das Bundesverfassungsgericht[320], das diese Formel des BGH ablehnt, stellt einige Absätze später zutreffend fest, daß sich nicht einmal bei ein und demselben Grundrecht allgemein sagen läßt, welche Voraussetzungen im Einzelfall für sein Eingreifen gegeben sein müssen. Wenn zudem die Entwicklung schon so weit gediehen wäre, so wäre auch Bernsteins Forderung nach einem Kollisionsrecht für die Verfassung bald erfüllt.
Anzumerken ist allerdings, daß der BGH inzwischen von der alten reichsgerichtlichen Formel abgerückt ist.[321] Ob ein Verstoß gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes vorliegt, entscheidet sich nach der neuen Auffassung des BGH danach, ob "das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihr liegenden Gerechtigkeitsvorstellung in so starkem Widerspruch steht, daß es von uns für untragbar gehalten wird." Obwohl diese Formel mehr auf die Durchsetzung einer Einzelregelung als darauf zugeschnitten ist, einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung Geltung zu verleihen, ist sie einer Ausdeutung aus verfassungsrecht-

319) Vgl. die Ausführungen auf S. 122/123

320) StAZ 189, 192

321) Vgl. Beschluß vom 17.9.1968, JZ 69, 299 mit Anmerkung von Heldrich

licher Sicht in erheblich größerem Maße fähig als dies bei der bislang verwandten Formulierung der Fall war, die wesentlich zu enge Grenzen zog.
Entsteht bei der Anwendung ausländischen Rechts ein Widerspruch zu den Grundrechten, so ist zunächst die Bedeutung des Grundrechts, seine konkrete Ausgestaltung, seine Stellung im Normengefüge der übrigen Grundrechtsnormen usw. zu prüfen. Es ist zu unterscheiden, ob es sich um ein Menschenrecht oder lediglich um ein Bürgerrecht handelt.[322] Anschließend wird sich die Frage stellen, welche Beziehungen der zu beurteilende Sachverhalt zu der Aussage des Grundrechts hat, in welcher Weise die deutsche Rechtsordnung überhaupt daran interessiert sein kann, diesen konkreten Sachverhalt (auch) unter die Herrschaft der deutschen Verfassungsnormen zu bringen. Erst wenn ein solcher Geltungswille zu bejahen ist, wird man die Anwendung eines "verfassungswidrigen" ausländischen Rechts ablehnen dürfen. Man mag bei alledem von einer ausreichenden Binnenbeziehung sprechen.[323]

4. Im Anschluß an diese mehr grundsätzlichen Überlegungen stellt sich die Frage, ob nicht wegen der über die Vorbehaltsklausel zu berücksichtigenden Wertentscheidungen der Grundrechte eine Wiederverheiratung eines in Deutschland geschiedenen Ausländers zuzulassen ist.[324]

a. Welche Grundrechte wären im Zusammenhang mit dieser Prüfung beachtlich? In Betracht kommen die Art. 1, 2 Absatz 1, 3, 4 Absatz 1 und 6 Absatz 1 GG[325], wobei Artikel 1 GG als zwar positiv-rechtliche, aber doch summarische Entscheidung für die Wahrung der Menschenwürde schlechthin aufzufassen ist.

322) Bgl. hierzu BVerfG StAZ 189, 193; s.o. S. 1oo ff

323) Ferid aaO - vgl. Fußn. 221 sowie FamRZ 63, 58; Neuhaus FamRZ 64, 610/611; Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23

324) Diese Frage stellt sich, wie oben S. 85 bereits erwähnt, allerdings nur, wenn man die die Frage nach den Scheidungswirkungen nicht ohnehin schon dem deutschen Recht zuweist.

325) Vgl. u.a. BGH aaO - vgl. Fußn. 12 - S. 979; OLG München aaO - vgl. Fußn. 11 - S. 2234; Blanke aaO - vgl. Fußn. 97 - ; Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 107; Gamillscheg aaO - vgl. Fußn. 41 - S. 24; Fischer NJW 64, 1323; Henrich aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 2016

Die konkrete inhaltliche Ausgestaltung der Freiheitsrechte, um die es hier geht, und deren Wahrung gleichzeitig Wahrung der Würde des Menschen ist, folgt in den einzelnen Grundrechten.[326]

Artikel 2 Absatz 1 GG ist als solches Freiheitsrecht aufzufassen. Aus dem Wortlaut dieser Grundrechtsnorm, die jedem das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit einräumt, wird nun ein Anspruch auf freie Wahl des Ehepartners hergeleitet. - Für diese Ansicht spricht zweifellos, daß Artikel 2 Absatz 1 GG nach herrschender Ansicht nicht etwa nur den "Kern" der Persönlichkeit[327], sondern die menschliche Handlungsfreiheit schlechthin schützt[328], und daher als allgemeines Hauptfreiheitsrecht aufzufassen ist. Auf der anderen Seite sind die übrigen Grundrechte anzuwenden, soweit diese besondere Ausgestaltungen des allgemeinen Freiheitsrechts enthalten. Neben solchen besonderen Freiheitsrechten wird Artikel 2 Absatz 1 GG nur die Bedeutung eines Auffangtatbestandes zuerkannt. Hieraus ergibt sich, daß zunächst jeweils das speziellere Freiheitsrecht zu suchen ist, das vor Eingriffen schützt. Nur wenn sich ein solches Freiheitsrecht nicht findet, darf nunmehr auf Artikel 2 Absatz 2 GG zurückgegriffen werden.[329]

Was nun das als Freiheitsrecht aufzufassende Recht auf freie Partnerwahl angeht, so ergibt sich dieses Recht bereits aus Artikel 6 Absatz 1 GG. Denn die Bedeutung des Artikel 6

326) Vgl. Maunz-Dürig Art. 1 Abs. 1 Rz. 10

327) So etwa Bachof, DÖV 54, 352; Peters, Festschr. für Laun S. 673

328) BVerfG 6, 36

329) BVerfG 4, 57; 10, 58; Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rz. 6

Absatz 1 GG erschöpft sich nicht im Schutz der Ehe als Institition, sondern enthält zugleich ein Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen.[330]
Ein solches Freiheitsrecht wäre ohne das Recht auf freie Partnerwahl in einem wesentlichen Bereich seiner Bedeutung entkleidet. Aus diesen Gründen wird, was das Recht auf freie Partnerwahl angeht, allein auf Artikel 6 Absatz 1 GG abzustellen sein. Aus dieser Vorschrift ergibt sich - wie bereits erwähnt - auch das allgemeine Recht auf Eheschließung[331], das hier ebenfalls verletzt sein könnte.
Darüber hinaus bleibt eine Verletzung des Artikel 4 Absatz 1 und 3 GG zu erörtern.
Sind diese Normen nun durch die Berücksichtigung ausländischer Ehehindernisse in einer Weise verletzt, die den Einsatz der deutschen Vorbehaltsklausel rechtfertigt?

b. Zunächst sei Artikel 4 Absatz 1 GG betrachtet. Namentlich **Fischer**[332] meint, es widerspreche Artikel 4 Absatz 1 GG, einem ausländischen Recht in Deutschland Folge zu leisten, das die Gültigkeit einer Ehe ebenso beurteilt, wie es ein kirchliches Recht tue (sei es, daß der ausländische Staat das kirchliche Recht übernommen hat bzw. unmittelbar auf kirchliches Recht verweist, sei es, daß das staatliche Recht

330) BVerfG 14, 21
331) So nachdrücklich BVerfG 29, 166 (175); BVerfG StAZ 71, 189 (191)
332) aaO - vgl. Fußn. 325

nur "kirchlich gefärbt" ist). Fischer will u. a. deshalb Artikel 4 Absatz 1 GG anwenden, weil er, - nach Auffassung des Verfassers zu Recht - an den wiederholt kritisierten[333] Ergebnissen Anstoß nimmt, wonach ein Katholik, der nur standesamtlich heiratet (also nicht kirchentreu ist), nach katholischem Kirchenrecht als nicht ehelich gebunden und daher auch für eine Katholikin heiratsfähig ist, während der kirchentreue Katholik, der in der tridentinischen Form heiratet, nach katholischer Auffassung nur frei wird, wenn sein Ehepartner stirbt.[334] Die Lösung dieser Schwierigkeiten versucht Fischer nur dadurch zu finden, daß er die Vorbehaltsklausel einsetzt, und zwar mit der Begründung, es widerspreche unserer verfassungsrechtlichen Ordnung, mit dem Religionsbekenntnis irgendeine rechtliche Relevanz zu verbinden. In unserem weltanschaulich neutralen Staat könne ein Dogma, das unserem Scheidungsrecht widerspricht, keine Anwendung finden.

Nun ist Fischer zuzugeben, daß es dem deutschen Staat wohl kaum erlaubt wäre, die die Ehe betreffenden Teile des katholischen Kirchenrechts als eigenes staatliches Eherecht zu erlassen, oder insoweit auf das Kirchenrecht zu verweisen, eben weil - wie Fischer zutreffend unter Hinweis auf das BVerfG ausführt - unser Staat weltanschaulich neutral ist und daher auch das Recht der Eheschließung bzw. -auflösung in einer weltanschaulich neutralen Art und Weise regeln muß. Gerade in der Übernahme eines konfessionellen Eherechts läge eine Stellungnahme für eine bestimmte Religionsgemeinschaft und das wäre unzulässig.

333) Vgl. Wengler aaO - vgl.Fußn. 97 - S. 623 dort Fußn.14

334) Weitere Spielarten bei Fischer aaO (Fußn. 325) und Wengler (Fußn. 333)

Hier kommt es jedoch nicht entscheidend darauf an, daß sich ein anderer Staat die Auffassung der katholischen Kirche zu eigen macht. Wir sind zunächst durch unser IPR verpflichtet, dieses Recht heranzuziehen. Daß uns die Rechtsanwendungsergebnisse in ihrer Systematik nicht recht einzuleuchten vermögen (kirchlich getrauter Katholik darf nicht wieder heiraten, standesamtlich getrauter Katholik darf wieder heiraten usw.), braucht uns - soweit es um einen möglichen Widerspruch zu Artikel 4 Absatz 1GG geht - solange nicht zu berühren, als diese Ergebnisse nicht auf Diskriminierung einer bestimmten Religionsgemeinschaft ausgerichtet sind oder etwa auf reinen Willkürvorschriften des ausländischen Rechts beruhen. Davon kann jedoch vorliegend keine Rede sein. Wenn die betreffenden Eherechte davon ausgehen, daß Nichtkatholiken auch nach ihrer Scheidung für einen Katholiken nicht ehefähig - weil noch verheiratet - sind, so liegt hierin auch keine Diskriminierung von Nichtkatholiken, der wir u. U. wegen Artikel 3 Absatz 3 GG nicht Folge leisten könnten, denn auch den formgültig verheirateten Katholiken wird eine Wiederheirat verwehrt, solange ihr Ehepartner noch lebt.

So bleibt schließlich die Frage, ob es mit Artikel 6 Absatz 1 GG vereinbar ist, unter Berufung auf die Nichtanerkennung der deutschen Scheidung im Ausland den Verlobten in Deutschland die Eheschließung zu verweigern.
Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner wiederholt erwähnten Entscheidung[335)] die Eheschließung eines Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen evangelischen Bekenntnisses zugelassen. Es hat den gemäß Artikel 13 Absatz 1 EGBGB

335) aaO - vgl. Fußn. 14

an sich für uns maßgebenden spanischen Rechtsstandpunkt, wonach die geschiedene Deutsche noch als verheiratet gilt, als mit Artikel 6 Absatz 1 GG unvereinbar angesehen.

Mit diesem Beschluß ist - zunächst für die entschiedene Fallgestaltung - ein lange dauernder Streit beendet worden. Das Bundesverfassungsgericht hat zudem in den Gründen zu einer Reihe wichtiger Nebenfragen Stellung bezogen und manches klargestellt, was bisweilen unklar schien.

Im folgenden soll versucht werden, die Überlegungen einer kritischen Überprüfung zu unterziehen, welche die Entscheidung in der eigentlichen Frage der Verfassungswidrigkeit des spanischen Standpunktes getragen haben.[336]

Das Bundesverfassungsgericht setzt in der Begründung bei dem Umstand an, daß die deutsche Verlobte gemäß Artikel 13 Absatz 1 EGBGB unverheiratet, weil rechtsgültig geschieden ist, und wertet als erstes Indiz für einen unzulässigen Eingriff in die Eheschließungsfreiheit, daß "die Prüfung derselben tatsächlichen und rechtlichen Umstände im Rahmen der Beurteilung der Ehefähigkeit (des Spaniers)ergibt . daß die deutschen Behörden und Gerichte dieselbe Frage ebenso eindeutig verneinen...".
In der Tat erscheint es schizophren, bei der Beurteilung der Ehefähigkeit der Verlobten des Spaniers zunächst wegen der in Deutschland erfolgten Scheidung davon auszugehen, die deutsche Verlobte sei unverheiratet und könne deshalb wieder heiraten, jedoch die anschließende Frage, ob dieselbe Frau "für den Spanier" ehefähig sei, eindeutig zu verneinen, weil das spanische Recht die deutsche Scheidung nicht anerkennt. Dieser Widersinn hat deshalb schon immer ein gutes Argument gegen die unselbständige Anknüpfung geliefert.[337] Jedoch dürfte hierin kaum ein Indiz für die Verfassungswidrigkeit des spanischen Standpunktes zu sehen sein, nur weil dieser letztlich unserem eigenen Standpunkt diametral entgegensteht.

336) Erörtert werden die Überlegungen, die das BVerfG auf S. 194/195 angestellt hat.
337) s.o.S. 43

Wenn das Bundesverfassungsgericht fortfährt, dies gelte um so mehr, als die frühere Ehe der Deutschen durch einen deutschen Hoheitsakt gelöst worden sei und diese Scheidung keine Auslandsberührung aufgewiesen habe, so kann man diesem Gedanken an sich nur zustimmen. Denn zum einen ergibt sich hieraus, daß kein Grund besteht, die Gestaltungswirkung des Scheidungsurteils irgendwie einzuschränken. Zum anderen berührt dieser Gedanke auch die Frage des Geltungswillens der in Artikel 6 Absatz 1 GG grundrechtlich gesicherten Eheschließungsfreiheit, der im entschiedenen Fall gewiß größer war, als er bei einer erstrebten Wiederheirat in Deutschland geschiedener Ausländer gewesen wäre.

Für "entscheidend" hält es das Bundesverfassungsricht schließlich, daß "die abweichende Beurteilung des Familienstandes der Beschwerdeführerin auf dem spanischen ordre-public beruht, der das Ehehindernis der Doppelehe mit der Vorstellung von der Unauflöslichkeit der Ehe durch weltlichen Akt verbindet." Der spanische Rechtsstandpunkt erkläre sich also aus dem Zurückgreifen auf die eigenen Grundanschauungen.

In diesem für das Bundesverfassungsgericht offenbar sehr bedeutsamen Punkt[338)] kann man ihm allerdings kaum folgen.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht vorher nur ein Indiz für die zu treffende Entscheidung gefunden und das Vorhandensein einer wichtigen Inlandsbeziehung aufgezeigt hatte, erwartete man nun die eigentliche Auseinandersetzung zwischen dem spanischen Standpunkt, wie er sich in der Nichtanerkennung

338) In der Zusammenfassung am Schluß der Entscheidung (unter Abschn. VI Ziffer 1) weist das BVerfG noch einmal auf die Bedeutung hin, die es dem Einsatz des spanischen ordre-public für die Entscheidung beigemessen hat.

der deutschen Ehescheidung niederschlägt, sowie der deutschen Auffassung, nach der frei ist, wer geschieden ist. Spanische Grundanschauungen und deutsche Rechtsauffassung wären abzuwägen gewesen. Zu prüfen wäre gewesen, ob der spanische Standpunkt mit den in Artikel 6 Absatz 1 GG niedergelegten Grundsätzen vereinbart ist oder nicht. Ob die spanische Auffassung letztlich auf ordre-public-Erwägungen beruht oder ihren Grund im spanischen Sachrecht hat, ist für die grundsätzliche Fragestellung, d.h. für die verfassungsrechtlichen Überlegungen, nicht von Bedeutung. Wenn wir untersuchen, ob die Anwendung eines ausländischen Rechtssatzes mit einem Verstoß gegen unsere Verfassungsnormen verbunden ist, so kommt es entscheidend auf die Aussage des Rechtssatzes, nicht auf seine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kategorie von Rechtssätzen an. Andernfalls handelt man sich den Vorwurf ein, man setze das eigene Verfassungsrecht nach Gesichtspunkten ein wie "schlägst Du meine Kinder, schlag ich Deine Kinder" oder "arbeitest Du mit Deiner Vorbehaltsklausel, so setze ich meine Grundrechtsnormen ein". Das Bundesverfassungsgericht nährt diesen Verdacht noch, indem es darauf hinweist, daß es nicht darum gehe, "dem Ausland die deutschen Wertvorstellungen zu oktroyieren, sondern darum, den spanischen Oktroi abzuwehren".

Statt sogleich auf den spanischen ordre-public hinzuweisen, hätte das Bundesverfassungsgericht daher sinnvollerweise seiner Begründung in diesem Punkt den Obersatz vorangestellt, daß es nach seiner Auffassung Artikel 6 Absatz 1 GG widerspreche, einen in Deutschland geschiedenen Deutschen im Inland als nicht ehefähig, weil noch verheiratet, anzusehen.

Indem sich das Bundesverfassungsgericht jedoch einige Zeilen später dagegen wendet, daß das spanische Recht der früheren Ehe der deutschen Verlobten die Wirkung einer zu Lebzeiten des Ehegatten schlechthin unauflöslichen Verbindung beilegt, kommt es schließlich auf den Kernpunkt zu sprechen, an dem sich der Fall entscheidet. Diese spanische Vorstellung von der Unauflöslichkeit - so argumentiert das Bundesverfassungsgericht - sei mit den in Artikel 6 Absatz 1 GG niedergelegten Grundvorstellungen nicht vereinbar. Zwar sei auch nach Artikel 6 Absatz 1 GG und dem deutschen Eherecht die Ehe auf Lebenszeit geschlossen, d.h. "grundsätzlich" unauflöslich. Das Schutzgebot der Verfassung gewährleiste die Institution der Ehe nicht abstrakt, "sondern in der Ausgestaltung, wie sie den herrschenden, in der gesetzlichen Regelung maßgebend zum Ausdruck gelangten Anschauungen entspricht. Demgemäß liegt der Verfassung das Bild der "verweltlichten" bürgerlich-rechtlichen Ehe zugrunde, zu dem es auch gehört, daß die Ehegatten unter den vom Gesetz normierten Voraussetzungen geschieden werden können und damit ihre Eheschließungsfreiheit wiedererlangen".

Mit diesen Entscheidungssätzen kann sich das Bundesverfassungsgericht auf seine bisherige Rechtsprechung und auf die in der Literatur vorherrschende Auffassung stützen[339]. Es ist also richtig, daß die überkommenden Vorstellungen von der Ehe, wie sie im bürgerlichen Eherecht niedergelegt sind, die Grundsatzentscheidung in Artikel 6 Absatz 1 GG aus-

339) Vgl. z. B. Scheffler in Die Grundrechte, Bd. IV/1, S. 245, 283 f; Maunz-Dürig Art. 6 Rz. 15 und 17 aaN

füllen, auch wenn sie diese nicht bestimmen, da die eherechtlichen Vorschriften ihrerseits unter Berücksichtigung der in Artikel 6 Absatz 1 GG enthaltenen höherrangigen Grundsätze zu interpretieren sind. Aus dem Schutzgedanken dieser Leitnorm heraus, die grundsätzlich die Ehe bewahren und stärken soll, stellt sich die Frage nach Zulässigkeit und Grenzen des Scheidungsrechts. Und hier ist man - wegen der bürgerlich-rechtlichen Ausgestaltung der Ehe - der Ansicht, daß Artikel 6 Absatz 1 GG einer Scheidung unter bestimmten Voraussetzungen durch gerichtliches Urteil nicht entgegenstehe[340]. Artikel 6 Absatz 1 GG geht somit zwar grundsätzlich von der lebenslangen Dauer der Ehe - nicht aber von ihrer Unauflöslichkeit schlechthin - aus. Man ginge jedoch zu weit, wenn man die Scheidbarkeit der Ehe als Hauptanliegen des Grundrechts verstünde. Vielmehr wird die Zulässigkeit der Scheidung verfassungsmäßig eher nur in Kauf genommen.

Umgekehrt ist sicher richtig, daß nach erfolgter Scheidung aus Artikel 6 Absatz 1 GG ein Recht des Geschiedenen auf Eheschließung herzuleiten ist.

Das spanische Recht folgt der deutschen Auffassung schon im ersten Schritt - der Scheidung selbst - nicht, und versagt ihr die Anerkennung, jedenfalls soweit es um die Ehefähigkeit der geschiedenen Deutschen "für" einen Spanier geht. Berücksichtigt man den in Artikel 6 Absatz 1 GG enthaltenen Gedanken des Schutzes und der Erhaltung der Ehe, der nach ganz einhelliger Auffassung die grundsätzlich lebenslange Verbindung zwischen Mann und Frau im Auge hat, so stellen sich

340) Vgl. Scheffler aaO - vgl. Fußn. 339 - S. 283; Maunz-Dürig aaO - vgl. Fußn. 339

erhebliche Bedenken ein, ob dieser spanische Standpunkt unseren Vorstellungen so erheblich zuwiderläuft, daß wir genötigt wären, Artikel 6 Absatz 1 GG ins Feld zu führen. Im Grunde genommen nehmen wir nicht so sehr Anstoß an der Vorstellung von der Unauflöslichkeit der Ehe - mögen wir sie auch für rückständig halten. Vielmehr bereitet uns die hieraus folgende Nichtbeachtung des deutschen Scheidungsurteils Schwierigkeiten; nicht weil es in Spanien nicht anerkannt wird, sondern weil wir selbst es wegen der in Artikel 13 Absatz 1 EGBGB enthaltenen Verweisung unbeachtet lassen sollen.[341] Das Bundesverfassungsgericht sagt dies[342] ganz deutlich: "Die Nichtanerkennung des deutschen Scheidungsurteils auf Grund des spanischen ordre-public kann aus der Sicht der deutschen Rechtsordnung nicht hingenommen werden, da es sich um die Beurteilung eines rein inlandsbezogenen Sachverhalts handelt." Nach Auffassung des Verfassers sollte jedoch die absolute Beachtung des deutschen Scheidungsurteils in Deutschland nicht auf dem Weg über Artikel 6 Absatz 1 GG durchgeführt werden, da diese Vorschrift in erster Linie die Bewahrung der Ehe und nicht die Durchsetzung der Scheidung bezweckt.
Es wäre schließlich widersinnig, einerseits die spanische Auffassung von der Unauflöslichkeit des Ehebandes als mit Artikel 6 Absatz 1 GG vereinbar anzusehen, mit Rücksicht auf die ebenfalls garantierte Eheschließungsfreiheit, andererseits die Nichtanerkennung der deutschen Scheidung verfassungsrechtlich zu überwinden.

341) Das Reichsgericht hat übrigens solche ausl. Rechte, die eine Scheidung dem Bande nach nicht kennen, als mit Art. 3o EGBGB vereinbar angesehen - vgl. RGZ 150, 61, 64; 151, 313, 317; s. a. Neumayer aaO - vgl. Fußn. 10 - S. 72/73.

342) aaO - vgl. Fußn. 14 - S. 194

In diesem Punkt kann daher der sonst überzeugenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts letztlich nicht gefolgt werden. Artikel 6 Absatz 1 GG zwingt daher nicht zur Zulassung der Eheschließung.

Anzumerken ist, daß das Bundesverfassungsgericht den Grundrechtsverstoß auch gerade deshalb angenommen hat, weil der Fall eine starke Inlandsbeziehung aufwies. Offen bleibt auch nach dieser Entscheidung, was gilt, wenn z. B. nicht der deutsche Teil, sondern der Ausländer in Deutschland geschieden worden ist, oder wenn die Nichtanerkennung der deutschen Scheidung im Ausland nicht auf die Vorstellung von der Unauflöslichkeit der Ehe, sondern z. B. auf der Inanspruchnahme der ausschließlichen Zuständigkeit beruht.

IX. Da nun die verfassungsrechtlichen Werte keineswegs identisch mit der Vorbehaltsklausel sind und umgekehrt auch ein Verstoß gegen die inländische öffentliche Ordnung vorliegen kann, obwohl verfassungsrechtliche Werte nicht berührt werden[343], bleibt die Frage, ob der ordre-pulic nicht aus einem anderen Gesichtspunkt eingreift: weil nämlich das anzuwendende Heimatrecht des Ausländers dem deutschen Urteil die Anerkennung versagt und die deutschen Behörden und Gerichte somit gezwungen wären, der in Deutschland getroffenen gestaltenden Entscheidung die Wirkung auch in Deutschland abzuerkennen.

1. Der BGH[344] lehnt die Anwendung des Artikel 30 ab. Er meint, über Artikel 13 EGBGB sei im Interesse des deutschen Ehegatten fremdem Recht Eingang verschafft; dies binde den deutschen

343) Vgl. Ferid aaO - vgl. Fußn. 221 - S. 143

344) aaO - vgl. Fußn. 12 - S. 979

Richter. Wenn sich die Autorität des deutschen Urteils an dieser vom materiellen Recht gezogenen Grenze breche, so erleide die deutsche Rechtsprechung keinen Prestigeverlust.

Der BGH begründet das Nichteingreifen des ordre-public also zunächst nur mit dem Hinweis, daß bereits das aufgrund des deutschen IPR anwendbare ausländische Recht eine bestimmte Regelung enthält. Mit dieser Feststellung ist allerdings nur eine Aussage darüber getroffen, daß ein Widerspruch zwischen der Regelung des ausländischen Rechts und der in Deutschland absolut geltenden Gestaltungswirkung besteht. Nach dieser Feststellung müßte die eigentliche Begründung folgen, warum das aufgrund der Anwendung ausländischen Rechts zustande gekommene und der Gestaltungswirkung des deutschen Urteils widersprechende Ergebnis nicht über Artikel 30 EGBGB zu korrigieren sei. Der BGH versucht eine Begründung dann auch mit folgenden Sätzen: "Das gilt um so mehr, weil Ehescheidung und die Fähigkeit zur Wiederverheiratung nicht schlechthin dasselbe sind. Es besteht vielmehr ein fast einhelliger Brauch, im internationalen Privatrecht die Fähigkeit zur Wiederverheiratung nach erfolgter Scheidung einer früheren Ehe nicht der Herrschaft des Ehescheidungsstatus, sondern den die Ehefähigkeit schlechthin beherrschenden Gesetzen zu unterwerfen."[345]

Zu dem ersten Satz der Begründung ist nun zu bemerken, daß er in dieser Allgemeinheit keinesfalls gesichert ist.[346] Und der zweite Satz ist im Rahmen der Erörterung, ob der

345) aaO - vgl. Fußn. 344 -

346) s. a. S. 58 f u. 78

ordre-public mit Rücksicht auf die Nichtbeachtung der Gestaltungswirkung des deutschen Urteils eingreift, fehl am Platze, denn er befaßt sich streng genommen nur mit der Frage nach der Anknüpfung des Komplexes "Scheidungswirkungen". Auch Neumayer[347], auf den sich der BGH bezieht, stellt den vom BGH zitierten Satz unter das Kapitel "Das Statut der Ehefähigkeit nach Scheidung" und erwähnt ordre-public-Erwägungen an dieser Stelle mit keinem Wort. Selbst wenn man aber nun Neumayer und dem BGH insoweit folgen wollte, als sie den Standpunkt vertreten, Artikel 13 EGBGB verweise auch bezüglich der Frage nach den Wirkungen des deutschen Scheidungsurteils auf das Heimatrecht des Ausländers, weil es sich hier eben um den Gesamtkomplex Ehefähigkeit und nicht um den Komplex Ehescheidung handele, so wird hierdurch nur bewirkt, daß dem ausländischen Recht ein weiterer Teil (Scheidungswirkungen) eines größeren Komplexes (Ehefähigkeit) unterstellt wird. Man mag darüber streiten, ob dieser Weg richtig ist. Wenn man jedoch den Standpunkt vertritt, durch die Zuweisung an das ausländische Recht sei das Rechtsanwendungsergebnis auch gegen eine mögliche Anwendung des ordre-public abgeschirmt, für seine Anwendung sei überhaupt kein Raum, so geht man einen vollen Schritt weiter. Hierbei wird verkannt, daß es nicht zu leugnen ist, daß das deutsche Urteil ohne Einschränkungen für den deutschen Bereich eine eindeutige Aussage über das Nichtfortbestehen des Ehebandes getroffen hat, wie immer man die Frage nach den Scheidungswirkungen im Rahmen der Frage nach der Wiederverheiratungsfähigkeit geschiedener Personen kollisions-

347) aaO - vgl. Fußn. 10 - S. 67

rechtlich behandeln will. So ist die Argumentation des BGH offenbar der Sache nach nur als Mittel anzusehen, ein vorher gefundenes und wenig überzeugend begründetes Ergebnis nicht durch eine möglicherweise gebotene Anwendung des ordre-public wieder aufgeben zu müssen. Insoweit ist - das ist dem BGH zuzugeben - sein Vorgehen konsequent. Wie in anderem Zusammenhang bereits erwähnt[348], hat die ordre-public-Argumentation daher bloße Sicherungsfunktion.

2. Die geringe Überzeugungskraft der vom BGH vorgetragenen Argumente zeigt indessen, wie schwer sich eine Begründung für eine Begrenzung der Urteilswirkungen finden läßt.

a. So hat sich das Reichsgericht[349] außer Stande gesehen, die Wirkungen des Scheidungsurteils in Deutschland unbeachtet zu lassen. Es hat es vielmehr als mit der "auf materiell-rechtlicher Grundlage beruhenden Trennung der Ehe" unvereinbar angesehen, wenn ein Richter, "auf dem Umweg über Artikel 13 genötigt würde, Ehen, die ein für allemal rechtswirksam geschieden sind, noch als bestehend zu behandeln". Das RG hat es also gerade mit Rücksicht auf die die gestaltende Wirkung des Urteils anordnenden materiell-rechtlichen Normen des ALR[350], die inhaltlich § 41 EheG entsprechen, für erforderlich gehalten, Artikel 30 EGBGB anzuwenden.

b. Wenn wir diese Entscheidung heute überdenken, müssen wir uns fragen, ob der die Gestaltungswirkung anordnenden Norm ein

348) S. 76

349) aaO - vgl. Fußn. 74

350) Vgl. Fußn. 76

"allgemeiner Geltungswille" innewohnt, dergestalt, "daß sie gewillt ist, den abweichenden ausländischen Gesetzen zum Trotze zu gelten".[351]

Benutzte man die neuerdings vom BGH verwandte Formel[352], so stellte sich die Frage, ob das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, daß es für uns für untragbar gehalten wird.
Sucht man eine Antwort hierzu, so wird man zum einen auf die Bedeutung der Gestaltungswirkung abstellen müssen. Zumindest die Urteile in Personenstandsfragen, insbesondere das Ehescheidungsurteil, fordern aus Gründen der Rechtssicherheit unbedingt Beachtung. Das Interesse des Staates und der Allgemeinheit fordert ohne Einschränkungen klare Rechtsverhältnisse. Wenn deutschen Scheidungsurteilen im Ausland unter bestimmten Voraussetzungen die Anerkennung versagt wird, so liegt hierin für uns eine unliebsame Geltungsbeschränkung des Urteils, die wir jedoch kaum verhindern können. Zwingt uns jedoch ein ausländischer Rechtssatz, die Wirkungen des Urteils auch im eigenen Land zu leugnen, so geht grundsätzlich das essentielle Interesse des eigenen Staates an der Schaffung und Erhaltung klarer Rechtsverhältnisse im Inland vor.
Was die Gerechtigkeitsvorstellungen anbetrifft, die in dieser Frage eine Rolle spielen, so wird man sich die Folgen einer Nichtbeachtung des deutschen Urteils vor Augen halten müssen.

351) Wolff aaO - vgl. Fußn. 10 - S. 63

352) s. u. S. 127

Es widerspricht unseren Gerechtigkeitsvorstellungen in hohem Maße, nach einer Scheidung in Deutschland dem einen Teil eine erneute Eheschließung in Deutschland zu ermöglichen, und sie dem anderen Teil zu versagen. Ebenso empfinden wir es als grob ungerecht, bei der Frage der Wiederheirat Geschiedener von der Unwirksamkeit der Scheidung, hinsichtlich des Unterhaltsanspruchs oder des Erbrechts des geschiedenen Ehegatten von der Wirksamkeit der Scheidung auszugehen.
Die Beachtung des deutschen Scheidungsurteils können und müssen wir daher gegenüber entgegenstehendem ausländischen Recht auf dem Weg über Artikel 30 EGBGB durchsetzen.

Man mag noch überlegen, ob dann irgendwelche Besonderheiten gelten, wenn es gerade der ausländische ordre-public ist, der die Nichtberücksichtigung des deutschen Scheidungsurteils verlangt.[353]
Eine wesentliche Erkenntnis scheint für die Frage der Anwendung des deutschen ordre-public hieraus jedoch nicht herzuleiten zu sein. Hierzu ist vielmehr zu sagen, daß der Berücksichtigung des ausländischen ordre-public nach ganz herrschender Auffassung im Falle der Rück- und Weiterverweisung nichts im Wege steht.[354] Wenn man davon ausgeht, daß Artikel 13 eine IPR-Verweisung enthält, öffnet man also auch der Berücksichtigung des ausländischen ordre-public die Tür, wenn das ausländische Recht eine Weiterverweisung auf ein Recht enthält, das von der Wirksamkeit der Scheidung ausgeht.[355]
Nun gilt gewiß der Satz, der sich bei Wolff[356] findet und

353) Vgl. z. B. Henrich aaO - vgl. Fußn. 97 - S. 2016; Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 106

354) Vgl. z. B. Kegel IPR, § 16 IX und § 10 VI 2; Neuhaus aaO - vgl. Fußn. 54 - S. 269; Raape IPR § 13 VIII; Wolff aaO - vgl. Fußn. 10 - S. 71

355) Vgl. Henrich aaO - vgl. Fußn. 97

356) aaO - vgl. Fußn. 351

mit dem Henrich seine Besprechung des BGH-Urteils vom 12.2.1964 beschließt, daß nämlich dann, wenn der deutsche Richter den ausländischen ordre-pulic anzuwenden hat, er dies auch dann tun muß, wenn der ausländische ordre-public eine Norm des deutschen Rechts disqualifiziert. Hinzuzufügen ist jedoch: es sei denn, die Berücksichtigung des ausländischen ordre-public verstößt gegen unseren eigenen ordre-public[357], womit wir wieder am Ausgangspunkt angelangt wären.
Daraus, daß es bisweilen der ausländische ordre-public ist, der zur Nichtberücksichtigung des deutschen Urteils führt, läßt sich also - wie eingangs erwähnt - nichts herleiten. Es sei denn, man ist geneigt, bei der Anwendung des eigenen ordre-public weniger Zurückhaltung zu üben.[358]

Zusammenfassendes Ergebnis:

1. Im Verfahren zur Erteilung des Ehefähigkeitszeugnisses (§ 10 Absatz 2 EheG) geht es um eine reine Rechtsprüfung, ob beachtlichte Ehehindernisse vorliegen.

2. Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes lassen eine klare und dogmatisch überzeugende Aussage über den zu wählenden Lösungsweg vermissen; insbesondere der Begriff der "Gesamtverweisung" wird nicht klar herausgearbeitet. Die vom BGH zitierte Rechtsprechung des Reichsgerichts stützt die Auffassung des BGH nur wenig.

357) Vgl. Kegel aaO - vgl. Fußn. 354; Neuhaus aaO - vgl. Fußn. 354

358) Vgl. Dieckmann aaO - vgl. Fußn. 23 - S. 1oo

3. Auch der Weg über die Grundsätze der Teilfrage befriedigt nicht, da zum einen noch grundsätzliche Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Fällen des Normenwiderspruchs und zur Vorfragenproblematik bestehen und der Begriff zudem entbehrlich zu sein scheint. Selbst wenn man die Teilfragengrundsätze jedoch anwenden will, so spricht mehr dafür, die Teilfrage der Wiedererlangung der Ehefähigkeit dem Scheidungsstatut zuzuweisen.

4. Verfolgt man den Lösungsweg der Vorfragenanknüpfung, so spricht vorliegend mehr für die selbständige als für die unselbständige Anknüpfung.

5. Unmittelbar aus den Urteilsfolgen läßt sich keine Lösung finden. Die Rechtskraft wirkt nur inter partes, die Gestaltungswirkung zumindest in Ehesachen inter omnes. Jedoch läßt sich hieraus kein Vorrang vor dem anwendbaren ausländischen Recht herleiten.

6. Hingegen sind keine durchgreifenden Bedenken gegen die Lösung mit Hilfe der Grundsätze über die Eigenständigkeit des deutschen internationalen Verfahrensrechts geltend zu machen. Dieser Weg löst den Widerspruch zwischen Gestaltungswirkung und ausländischem Privatrecht.

7. Bei der Prüfung, ob ausländisches Recht in Widerspruch zu den Grundrechten tritt, ist zu berücksichtigen, daß eine Messung der abstrakt-generellen ausländischen Norm an den Grundrechten nicht zulässig ist. Hingegen unterliegt die Rechtsanwendung selbst der Kontrolle durch die Verfassungsnormen.

8. Sinnvollerweise werden die Wertentscheidungen der Grundrechte über Artikel 3o EGBGB berücksichtigt, die hiergegen erhobenen Einwände greifen nicht durch.

9. In der Übernahme des ausländischen Rechtsstandpunktes, der die deutsche Scheidung nicht anerkennt, liegt auch bei Inlandsbeziehung des Falles kein Verstoß gegen Artikel 6 GG .

10. Hingegen ist dem deutschen Scheidungsurteil über Artikel 30 EGBGB Geltung zu verschaffen.

Lebenslauf

Am 8. Oktober 1941 wurde ich in Essen als Sohn des kaufmännischen Direktors Paul Ring und seiner Frau Hilde, geb. Haertel, geboren. Von Geburt an besitze ich die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von 1948 bis 1952 besuchte ich die Volksschule und anschließend das Goethegymnasium in Essen-Bredeney, wo ich am 21. Februar 1961 das Abitur bestand.

Im Sommersemester 1961 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Köln, wo ich zunächst 3 Semester blieb und anschließend für ein Semester zur Universität Freiburg i.Br. wechselte. Im Sommersemester 1963 sowie im Wintersemester 1963/64 setzte ich mein Studium an der Universität Köln fort, von wo ich im Sommersemester 1964 an die Westfälische Wilhelmsuniversität in Münster ging, an der ich bis zum Sommersemester 1965 blieb. Am 7.8.1965 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim OLG Hamm.

Im November 1965 trat ich als Referendar in den Vorbereitungsdienst ein, den ich am 19. September 1969 mit der Ablegung der zweiten juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt NRW in Düsseldorf abschließen konnte.

Seit Januar 197o bin ich in einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft tätig.

Harald Ring